# Die Verwirkung

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechis- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität — Halle-Wittenberg

Vorgelegt von

**Ilse Mäcke**

aus Halle a. d. S.

Berichterstatter: Professor Dr. Hein.

1935

Druck: BUCHDRUCKEREI JOH. MOLTZEN, LEIPZIG O 5
Wurzner Straße 9

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Gliederung.

Seite

1. Abschnitt: Das Verwirkungsproblem im allgemeinen . . . . . 5

§ 1. Die herrschende Ansicht mit besonderer Berücksichtigung der Siebertschen Ausführungen . . . . . 5
I. Wesen und Grundlagen der Verwirkung . . . . . 5
II. Geltungsbereich . . . . . 9

§ 2. Kritische Würdigung . . . . . 10
I. Stellungnahme . . . . . 10
II. Ergebnis . . . . . 14

2. Abschnitt: Die Verwirkung im besonderen . . . . . 16

§ 1. Die Verwirkung im Aufwertungsrecht . . . . . 16
I. Das Wesen des Aufwertungsrechts . . . . . 16
II. Die Verwirkung im Aufwertungsrecht . . . . . 19

§ 2. Die Verwirkung im Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes . 26
I. Verwirkung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht . . . 26
1. Das Wettbewerbsrecht . . . . . 27
2. Das Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht . . . . . 30
3. Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht . . . . . 31
4. Ergebnis . . . . . 35
II. Die Verwirkung im Urheber- und Patentrecht . . . . . 39

§ 3. Die Verwirkung im Arbeitsrecht . . . . . 40

Ergebnis . . . . . 47

1. Abschnitt.

# Das Verwirkungsproblem im allgemeinen.

## § 1. Die herrschende Ansicht mit besonderer Berücksichtigung der Siebertschen Ausführungen.

I. Die Verwirkung ist eine im Laufe der Zeit aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts hervorgegangene Rechtserscheinung. Sie entstand aus dem Bedürfnis, neben der starren Regelung des reinen Zeitablaufs (Verjährung, Ausschlußfristen) eine Regelung zu treffen, die neben einem gewissen Zeitablauf die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigte, um daraus rechtsmindernde Folgen entstehen zu lassen. Dieser einem gewissen Zeitablauf in Verbindung mit den besonderen Umständen des Einzelfalles elastisch sich anpassende „Rechtsgrundsatz" wurde dann zusammenfassend „Verwirkung wegen illoyaler Verspätung" in der Geltendmachung von Rechten genannt. In der Form eines von Amts wegen zu beachtenden Einwands soll er der Geltendmachung des Anspruchs entgegenstehen [1]). Schwierigkeiten ergaben sich bei dem Versuch, diese Rechtserscheinung in das geltende Rechtssystem einzuordnen [2]).

Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums stehen heute auf dem Standpunkt [3]), daß § 242 BGB Rechtsgrundlage der Verwirkung sei, und daß sich ihre Bejahung für den Einzelfall durch gerechten Interessenausgleich aller gegebenen Umstände auf Seiten beider Parteien ergäbe. Eine ausführliche Begründung dieser Ansicht bringt Siebert. Um zu dieser Ansicht Stellung nehmen zu können, müssen ihre maßgebenden Gesichtspunkte kurz angeführt werden.

---

[1]) Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 148/50.

[2]) Nachweise über die Entwicklung der Rechtsprechung und über die Stellungnahme des Schrifttums vgl. Siebert, S. 1—21; 25—30.

[3]) Siebert, S. 5, insbes. Anm. 16.

1. Die Verwirkung hat ihrem weitgefaßten Tatbestand nach die „Ausübung" von Rechten zum Gegenstand (illoyale Verzögerung in der Rechtsausübung). Siebert mußte für die Begründung und weitere Durchführung seiner Ansicht zunächst Stellung zu der bekannten Streitfrage nehmen, ob Rechtsinhalt und Rechtsausübung zu trennende (Außentheorie) oder sich deckende (Innentheorie) Begriffe sind. Nach der „Außentheorie"[4]) liegt eine „Inkongruenz" von Rechtsinhalt und Ausübung vor. Die Ausübungsschranken sind nicht in dem Inhalt des Rechts selbst begründet, sondern sie beruhen auf einem besonderen Rechtssatz, der den Inhalt der Rechte nicht berührt.

Während nach der Außentheorie die Rechtssätze über den Inhalt und die Ausübung von Rechten sich nicht decken, sondern als verschiedene Normgruppen gegenüberstehen, wird durch die „Innentheorie" eine Einheit von Rechtsinhalt und Rechtsausübung betont. Danach beruht jede Ausübungsschranke auf entsprechenden Beschränkungen des Rechtsinhalts selbst[5]).

Siebert stellt sich hinsichtlich dieser Streitfrage auf den Standpunkt der Innentheorie, indem er ausführt: „Jedes Recht enthält entsprechend seiner sozialen Funktion in sich bestimmte Schranken und Begrenzungen"[6]). Die Beschränkung des Rechtsinhaltes könne in der Weise geschehen, „daß es von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist, ob eine Handlung noch Inhaltsverwirklichung (Rechtsausübung) ist oder nicht"[7]). Damit kommt Siebert zu der Theorie von der „Relativität des Rechtsinhaltes". An die jeweiligen, von den Umständen des Einzelfalles abhängigen Grenzen des Rechtsinhaltes wäre dann auch die Ausübung der einzelnen Rechte gebunden. Vom Boden positivrechtlicher Auffassung aus will er diese Ansicht damit rechtfertigen, daß es gerade der deutschrechtlichen Auffassung entspräche, in Inhalt und Ausübung der Rechte eine Einheit zu sehen. Die maßgebliche Fragestellung sei, wieweit das geltende Recht das „Idealbild", das sich aus der Gegenüberstellung von positivem und „richtigem" Recht ergäbe, aufgenommen habe. Mit dieser Fragestellung käme man „zu einer Ablehnung jedes

[4]) Vgl. dazu Hirsch, S. 32 ff.
[5]) Vgl. Siebert, S. 85, daselbst in Anmerkung 7 zitierte Literatur.
[6]) Siebert, S. 87.
[7]) S. 89.

Trennungsversuches, vielmehr zur Anerkennung einer Einheit“ [8]). Aus dieser Einheit heraus kommt Siebert zu der Schlußfolgerung: Ausübungsschranke ist gleichzeitig Rechtsinhaltsschranke und umgekehrt.

2. Mit dieser Erkenntnis konnte Siebert dann diejenigen Gesetzesbestimmungen als rechtliche Grundlagen für die Verwirkung als Ausübungsschranke in Betracht ziehen, die den Inhalt von Rechten beschränken, somit die §§ 226, 826, 242 BGB (§ 1 UWG für die wettbewerbsrechtliche Verwirkung). Damit war die neue, aus der Rechtsprechung hervorgegangene Rechtserscheinung durch das geltende Rechtssystem zunächst gerechtfertigt. Da die oben genannten Gesetzesbestimmungen Generalklauseln und Blankettnormen darstellen und als solche keinen bestimmten abstrakt gefaßten Tatbestand aufweisen [9]), mußte man für die Anwendung dieser Normen einen Maßstab finden, mit dessen Hilfe sich alle Verwirkungsfälle möglichst gleichmäßig und sicher lösen lassen. Dem Richter muß dadurch ein fester Anhaltspunkt gegeben werden, da ein solcher in den betreffenden Bestimmungen selbst nicht enthalten ist, der ihn vor rein individualistischer Würdigung und bloßen Billigkeitserwägungen bewahren kann.

a) Nach Siebert geben für die Anwendung von § 826 BGB die „guten Sitten“ sowohl den Gegenstand der Wertung als auch ihren Maßstab ab. Maßstab sind die Allgemeininteressen [10]) — Gemeinschädlichkeit findet nie entschuldigende Berücksichtigung, verstößt immer gegen die guten Sitten. Für § 1 UWG und seinen Hinweis auf die guten Sitten gilt grundsätzlich das Gleiche wie für § 826 BGB, nur daß hier infolge wettbewerbsrechtlicher Besonderheiten und Auffassungen eine gewisse „Konkretisierung“ gegenüber § 826 BGB vorliegt [11]).

Entsprechend der Stellung und dem Inhalt von § 242 BGB ist für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung erforderlich, daß es sich um „eine Sonderbeziehung zwischen bestimmten, an einem

---

[8]) S. 90.

[9]) Vgl. insbes. Isay GRUR 28 S. 174. Ders., Rechtsnorm und Entscheidung, S. 203, 240, 364.

[10]) S. 116.

[11]) S. 169.

Rechtsverhältnis Beteiligten" handeln muß. Gegenstand der Wertung ist dann das Interesse dieser an dem Rechtsverhältnis Beteiligten. Da man in den meisten Fällen die jeweilige Sonderbeziehung zwischen den Parteien „sich selbst überlassen könnte" [12]), wäre ein allgemein gültiger Maßstab in diesen Fällen nicht erforderlich. Verwirkung ergibt sich dann lediglich aus Interessenabwägung aller gegebenen Umstände des vorliegenden Einzelfalles. Verlangt jedoch die besondere Lage des Falles einen allgemeingültigen Maßstab, weil das Allgemeininteresse irgendwie berührt wird, dann wäre dieser der Verkehrssitte zu entnehmen. Damit käme man zu einer Betonung des Gemeinschaftsgedankens und der Pflichtverbundenheit des Einzelnen gegenüber der Gesamtheit. Da in den weitaus meisten Fällen die in § 242 BGB vorausgesetzte Sonderbeziehung zwischen den Parteien vorläge, käme hauptsächlich § 242 als Grundlage der Verwirkung in Betracht. Auch für den wettbewerbsrechtlichen Anspruch würde dies gelten, denn auch er schaffe die in § 242 vorausgesetzte Sonderbeziehung zwischen bestimmten Beteiligten [13]).

b) Der Gedanke, daß für eine sichere Rechtsanwendung gerade solcher Blankettnormen wie § 826 BGB, § 1 UWG und § 242 BGB ein bestimmter Maßstab gefunden werden müsse, wird im Schrifttum häufig betont. Krause, der in der Verschweigung den tragenden Rechtsgedanken für die Verwirkung erblickt, kommt auf diese Weise zu dem „Veranlassungsprinzip" [14]). Aus der Tatsache, daß die während der Untätigkeit abgelaufene Zeitspanne allein nicht das entscheidende Moment für die rechtsmindernde Folge der Verwirkung sein kann, schließt er, daß die besondere Veranlassung zum Handeln die Voraussetzung für jene Rechtsfolge sein müsse [15]). Das Veranlassungsprinzip setzt Krause an die Stelle, wo die Entscheidungen die sogenannten „qualifizierten Umstände" des Einzelfalles fordern, die zu dem Zeitablauf hinzugetreten sein müssen, um Verwirkung bejahen zu können: „Besondere Veranlassung, ein

[12]) S. 119/20.

[13]) S. 167. — Über den Unterschied hinsichtlich der Rechtsfolgen von § 1 UWG und § 242 BGB bei der wettbewerbsrechtlichen Verwirkung, s. S. 195 ff.

[14]) Im übrigen löst Krause die Verwirkung von § 242 völlig los, er kommt nur zu ähnlichen Ergebnissen wie bei der auf § 242 aufgebauten Verwirkung im Hinblick auf die Rechtsfolge, S. 211 ff. Dies ist Siebert, S. 182 entgegenzuhalten.

[15]) S. 176 ff.

Recht auszuüben, besteht jedenfalls dann, wenn der Gegner ein berechtigtes Interesse an der Klärung der Lage hat, wenn er selber aber diese Klärung nicht herbeizuführen vermag oder die Herbeiführung ihm nicht zuzumuten ist". Siebert setzt dem Krauseschen Veranlassungsprinzip entgegen, daß es zu einer stark subjektiven Deutung führen müßte, während die Verwirkung gerade von subjektiven Tatbestandsmerkmalen frei wäre[16]). Das Veranlassungsprinzip schließt indessen eine objektive Wertung in sich, da das Interesse des Gegners an alsbaldiger Klärung ein im juristischen Sinne begründetes, allgemein berechtigtes sein muß. Außerdem hat Krause ausdrücklich betont[17]), daß es auf das objektiv berechtigte Interesse des Rechtsgegners ankomme, und daß der gute Glaube des Begünstigten nur mittelbar unter die Voraussetzungen der Verwirkung aufgenommen werden dürfe, dagegen den objektiven Faktoren unmittelbar die ausschlaggebende Bedeutung zu sichern sei. Jedenfalls verdient die Krausesche Theorie insofern Beachtung, als man mit ihrer Hilfe zu einem allen Verwirkungstatbeständen gemeinsamen Grundzug gelangen kann: Gleichgelagerte Situationen ergeben gleichartige Interessen und bilden eine gleichartige Veranlassung zum Handeln. Siebert dagegen will die widerstreitenden Interessen, die sich aus den Rechtsbeziehungen ergeben, lediglich durch gegenseitige Interessenabwägung lösen, ohne daß in den meisten Fällen ein bestimmter richtunggebender Maßstab erforderlich wäre (s. oben S. 8).

II. Aus diesem Ergebnis, daß die Verwirkung ein allgemeiner, insbesondere § 242 BGB zu entnehmender Rechtsgrundsatz sei, folgert Siebert, daß dieser Rechtsgrundsatz im gesamten Gebiet des Privatrechts Anwendung finden müsse[18]). Selbst gegenüber zwingenden Vorschriften müsse § 242 bei vorsichtiger Anwendung grundsätzlich gelten, es sei denn, daß eine erschöpfende Regelung vorliegt[19]). Darüber hinaus soll die Verwirkung auch im Gebiete des öffentlichen Rechts Platz greifen[20]).

---

[16]) Siebert, S. 182.

[17]) S. 198.

[18]) S. 122 ff.

[19]) S. 124.

[20]) S. 125; vgl. dazu aber die neueste Entscheidung des RG in JW 35, S. 1617, Nr. 2.

## § 2. Kritische Würdigung.

I. Ausgangs- und Kernpunkt der Siebertschen Verwirkungsdogmatik ist die „Theorie von der Relativität des Rechtsinhalts“ [21]). Zu dieser Theorie muß im folgenden Stellung genommen werden. Daraus ergibt sich dann die in dieser Arbeit anzuwendende Methode.

Es ist schon vielfach betont worden [22]) und ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz [23]), daß für eine Regelung irgendwelcher Rechtsfragen das Allgemeininteresse berücksichtigt und gegenüber dem Einzelinteresse als ausschlaggebender Faktor herangezogen werden muß. Jede Rechtsordnung ist schließlich eine Regelung des menschlichen (sozialen) Zusammenlebens „auf eine eigene Art“ [24]). Die eigene Art muß aber erfaßt werden. Ihre Kennzeichnung kann sich nur aus der Eigenart derjenigen Gedankengänge ergeben, in deren zusammengefaßter Einheit die eigenartige Beschaffenheit der Rechtsordnung im ganzen besteht. Oberster Rechtsgrundsatz ist die Gerechtigkeit. Folglich muß jedes rechtliche Einzelbegehren trotz seines „unendlich verschiedenen stofflichen Inhalts“ [25]) so geregelt und bestimmt werden, daß es in seinem Endzweck allgemeingültige Berücksichtigung finden kann, d. h. es muß sich dem Rahmen eines einheitlichen menschlichen Zusammenlebens harmonisch und widerspruchslos einfügen können. „Das Einzelne ist in seinem Werte nach dem Ganzen abzuschätzen“ [26]). Jedes rechtliche Wollen ist also dann gesetzmäßig und grundsätzlich richtig, wenn es in seiner besonderen Lage diesem Gedanken „des sozialen Ideals“ [27]) entspricht. Um aber jeden rechtlichen Einzelfall auf seine Allgemeingültigkeit hin prüfen und beurteilen zu können, braucht man einen Maßstab, d. h. einen allgemein richtenden Gesichtspunkt, mit dessen Hilfe er auf seine „sachliche Richtigkeit“ hin bewertet werden kann. Sachliche Richtigkeit bedeutet dann (s. oben) die Möglichkeit der Einordnung jedes rechtlichen Einzelbegehrens trotz seiner stoff-

---

[21]) S. oben S. 6—7.

[22]) Vgl. hierzu im allgemeinen Stammler, Die Lehre vom Richtigen Recht und Rechtsphilosophie.

[23]) Hein, Die Verleitung zum Vertragsbruch, S. 101 ff.

[24]) Stammler, Rechtsphilosophie, S. 53.

[25]) Stammler, Rechtsphilosophie, S. 171/73.

[26]) ebenda, S. 217.

[27]) Vgl. dazu insbes. Hein, a. a. O., S. 101/05.

lichen Verschiedenartigkeit in das der Rechtsordnung immanente Prinzip einer „vollendet möglichen Harmonie“ [28]) menschlichen Zusammenlebens. Daß dieser Maßstab nicht von außen herangetragen werden darf, wie Siebert es als Inhalt der Stammlerschen Lehre vom Richtigen Recht annimmt [29]), sondern lediglich aus dem einheitlichen Ganzen der Rechtsordnung, ihren Grundgedanken und daraus hervorgehender Gesetzmäßigkeit zu entnehmen ist, hat gerade Stammler ausdrücklich betont [30]). „Sachliche Richtigkeit“ und damit „Richtiges Recht“ sind dann aber nicht Ideen im Sinne von bloßen „Idealen“ [31]), die dem positiven Recht als unerfüllte Wunschbilder gegenüberstehen, sondern seine tragenden — der Rechtsordnung immanente — Gesichtspunkte.

Von diesem für jede Rechtsfrage grundlegenden Standpunkt aus soll zur Verwirkung nach den Siebertschen Ausführungen im besonderen Stellung genommen werden. Die Siebertsche Verwirkungsdogmatik beruhte [32]) auf folgenden Gesichtspunkten:

1. Als Rechtsgrundlage der Verwirkung müssen die oben genannten gesetzlichen Bestimmungen in Betracht kommen, weil jeder Rechtsinhalt mit Rücksicht auf die maßgeblichen Allgemeininteressen Grenzen haben muß, dementsprechend auch die Ausübung der Rechte.
2. Die Grenzen für den Inhalt (und damit zugleich für die Ausübung) der Rechte sind den betreffenden Gesetzesbestimmungen zu entnehmen — insbesondere § 242 — w e i l diese eine Berücksichtigung der Allgemeininteressen bzw. der Interessen des Rechtsgegners erfordern. Danach ist dann von Fall zu Fall — an Hand der gegebenen Umstände des Einzelfalles — über das Vorliegen der Verwirkung zu entscheiden.

Jeder Fall soll also in seiner besonderen Eigenart für die Frage, ob Verwirkung vorliegt, Berücksichtigung finden — eine Forderung, die dieses Nachdruckes gar nicht bedurfte, da es eine rechtliche Entscheidung ohne Berücksichtigung aller zu dem Einzelfall gehörigen Merkmale nicht gibt, jedenfalls grundsätzlich nicht geben sollte. Der einzelne Sachverhalt muß durch Berücksichtigung aller

---

[28]) Stammler, Rechtsphilosophie, S. 214.

[29]) Vgl. dazu Siebert, S. 86—87; hier stellt Siebert positives und im Stammlerschen Sinne „Richtiges Recht“ einander gegenüber. Danach müßte die Stammlersche Lehre zu einer Trennung dieser beiden Gesichtspunkte führen.

[30]) Siehe insbesondere die Lehre vom Richtigen Recht, S. 50.

[31]) Siebert, S. 87.

[32]) Siehe oben, S. 6—8.

gegebenen Umstände darauf geprüft werden, ob er wesentliche Übereinstimmung mit den Merkmalen irgendeines vorhandenen typischen Tatbestandes aufweist, um daraufhin die diesem typischen Tatbestand entsprechende Rechtsfolge auf ihn anwenden zu können. Im Hinblick auf die Verwirkung ist ein typischer Tatbestand in der Form eines gesetzlich normierten nicht vorhanden. Die für die Verwirkung in Betracht kommenden Gesetzesgrundlagen sind Blankettnormen. Der fehlende typische Tatbestand muß daher durch Herausarbeiten derjenigen Gesichtspunkte zusammenfassend aufgestellt werden, die allen vorhandenen Verwirkungsentscheidungen als immer wiederkehrende, gemeinsame und insofern als allgemein gültige Merkmale innewohnen [33]).

Eine derartige zusammenfassende Aufstellung typischer Merkmale als einheitlichen Maßstab für jeden folgenden Einzelfall lassen die Siebertschen Ausführungen im Grunde genommen vermissen. An dieser Tatsache ändert auch seine Aufstellung [34]) der besonders wesentlichen Umstände nichts, die die Interessenlage immer zu Gunsten des Schuldners verschieben, da es neben diesen besonders typischen Umständen nach seinen Ausführungen auch noch andere geben muß, die für das Vorliegen der Verwirkung im Einzelfalle entscheidend sind [35]). Seine Dogmatik versucht eine ganze Reihe von Formeln für den Verwirkungsbegriff aufzustellen. Keine von diesen Formeln ist indessen ausschließlich aus technisch geformten Begriffen gebildet. Sie laufen immer wieder darauf hinaus, daß jeder Fall als solcher Berücksichtigung finden muß und in seiner Eigenart für die Verwirkungsfrage ausschlaggebend ist. Krause ist der Forderung nach Einheitlichkeit dadurch wesentlich nähergekommen, daß er der Verwirkung durch das Veranlassungsprinzip einen einheitlichen Grundgedanken gibt, und damit an ihre Voraussetzungen einen festen Maßstab anlegt [36]).

Auf diesem Rechtsgrundsatz der notwendigen „Typizität" rechtlicher Tatbestände beruhen auch die im Schrifttum vielfach ge-

---

[33]) Vgl. Hein, Identität der Partei, S. 290, insbes. Anm. 39; Reichel, Festgabe für Stammler, 1926, S. 334 ff.; Endemann H. d. R. VI. S. 636.

[34]) S. 251/52.

[35]) Vgl. dazu insbes. S. 120, 151/52.

[36]) s. oben S. 8/9.

äußerten, von Siebert als „rechtspolitisch" bezeichneten Bedenken [37]), daß die Entscheidungen in der Verwirkungsfrage zu Rechtsunsicherheit führen müßten [38]). Rechtsunsicherheit bedeutet aber nicht nur Unsicherheit hinsichtlich der Voraussehbarkeit der gerichtlichen Entscheidung [39]). Weitaus wesentlicher ist vielmehr der Ursprung dieses Bedenkens, daß infolge Fehlens eines festen typischen Tatbestandes bei der Verwirkung Sinn und Endzweck jeder Rechtsordnung, in unbedingter Einheitlichkeit und Widerspruchslosigkeit Rechtsfragen unter Bezugnahme auf die Gerechtigkeitsidee zu regeln, negiert wird. Jede neue Rechtserscheinung soll ihrem Sinn nach eine organische Fortbildung des geltenden Rechts sein. Sie muß daher der dem Rechte immanenten Einheit entsprechen und in sich technisch fest geformt sein. Die bloßen Anhaltspunkte mit grundsätzlicher Verweisung auf den Einzelfall sind nicht neues Recht, sondern Umschreibungen der dem Richter im Rahmen der Blankettnorm ohnehin obliegenden Aufgabe. Da Siebert bei seiner Dogmatik nur in diesem Sinne verfährt, so ist es ihm nicht gelungen, die Verwirkung als geschlossenes Rechtsinstitut [40]) einzuführen.

Vorsichtige und sorgfältigste Abwägung aller zu dem Einzelfall gehörigen Umstände, wie sie Siebert als Maßnahme gegen zu befürchtende Rechtsunsicherheit fordert [41]), kann zwar hier und da helfen und demzufolge ein gerechtes Ergebnis in der Verwirkungsfrage erzeugen. Gerade deshalb hängt aber jede Verwirkungsentscheidung nach seiner Dogmatik von der Persönlichkeit und Auffassung des einzelnen Richters ab, der sich grundsätzlich von subjektiver, durch seine Persönlichkeit bedingter Wertung nicht freimachen kann, weil ihm die sicheren Anhaltspunkte eines typischen Tatbestandes fehlen. Infolge der Verschiedenheit von Richterpersönlichkeiten können dann aber die einzelnen Entscheidungen im Verhältnis zueinander nicht einheitliche Ergebnisse aufweisen. Die Rechtsunsicherheit beruht also weniger darauf, daß der einzelne Richter unvor-

---

[37]) Siebert, S. 153/57.

[38]) Vgl. Beisler, JW 28, 1337; Roth, JW 28, 1355; Stoll, JW 29, 1001; v. d. Trenck, JW 28, 485; Best, JW 32, 1804; Hoche DRZ 29, 299; Lenz, DJZ 28, 1188; Müllereisert, ZBfHR 33, 97.

[39]) So Siebert, S. 154.

[40]) Siebert, S. 3 u. 59.

[41]) S. 154.

sichtig und wenig sorgfältig die Verwirkung bejahen könne — unüberlegte Rechtsanwendung setzt man in der Regel beim Richter nicht voraus. Sie ergibt sich vielmehr daraus, daß die Verwirkung im Siebert'schen Sinne

a) infolge Fehlens eines festen typischen Tatbestandes dem Recht in seiner grundlegenden Forderung nach Einheitlichkeit und Widerspruchslosigkeit (Gerechtigkeit) nicht entsprechen kann,

b) als notwendige Folgeerscheinung Rechtsunsicherheit erzeugen muß.

II. Das Fehlen einer festen technischen Verwirkungsformel hat auch Sieberts Stellungnahme zu der Rechtsprechung des RG beeinflußt. Seine Behandlung und Beweisführung bleibt überall rein kasuistisch. Die „soziale Funktion", die jedes Recht inhaltlich begrenzen soll, ergab sich nach seinen Ausführungen nicht aus einem bestimmten einheitlichen Grundgedanken, sondern war von Fall zu Fall zu bestimmen. Ein Maßstab im eigentlichen Sinn[42]) ist nicht aufgestellt worden. Es werden lediglich konkrete Tatbestände behandelt und als ausschlaggebend für die Verwirkungsfrage hingestellt. Die Möglichkeit konstruktiver Rechtsfindung, Schaffung abstrakter Tatbestände und Erfassung größerer Zusammenhänge konnte auf diese Weise nicht gelingen. Sieberts Versuch, die Verwirkung zu einer „bei typischen Tatbeständen besonders deutlichen Folge der allgemeinen inhaltlichen Begrenzung der Rechte"[43]) aus dem Einzelfall zu konstruieren und für jeden Einzelfall als gerechte Lösung darzustellen, mußte als begrifflich widerspruchsvoll mißlingen.

Es bleibt freilich die von Siebert nicht erkannte Möglichkeit, daß die Verwirkung für das gesamte Gebiet des Privatrechts als gewohnheitsrechtliche und technische Rechtseinrichtung anzusehen ist. Wird so vorgegangen, so muß die ausschlaggebende Berücksichtigung des Einzelfalles für die Verwirkungsfrage unterbleiben. Es könnte sich dann nur um eine Analogie aus den Rechtsgebieten handeln, für welche die Verwirkung durch die Rechtsprechung bereits anerkannt

---

[42]) Siehe oben S. 10/11.

[43]) Siebert, S. 172.

wurde[44]). Um die Berechtigung einer solchen Analogie festzustellen, muß zunächst geprüft werden, ob die Verwirkung als technische Sondereinrichtung gerade dieser Sondergebiete zu betrachten ist. Zu diesem Zwecke muß herausgearbeitet werden, ob die Verwirkung in den betreffenden Rechtsgebieten als Folge von Besonderheiten erscheint, die sich auf andere Rechtsgebiete nicht übertragen lassen. Ist dies der Fall, so ergibt sich daraus als argumentum e contrario, daß die Verwirkung für andere Rechtsgebiete technisch abzulehnen ist.

[44]) RG 144, 22 ff. = RG JW 34, 1849.

2. Abschnitt.

# Die Verwirkung im besonderen.

## § 1. Die Verwirkung im Aufwertungsrecht.

Die eigentliche Verwirkungsrechtsprechung ging von der Aufwertung aus. Zusammengefaßt hat sie hier folgende Bedeutung: der Gläubiger darf mit seinem Aufwertungsbegehren nicht unbegrenzt lange Zeit warten; der Schuldner kann mit Recht aus der langen Zögerung entnehmen, es bestehe gegen ihn kein Aufwertungsanspruch mehr, und richtet sich infolgedessen wirtschaftlich auf das Nichtbestehen des Anspruches ein. Die nachträgliche Zahlung ist ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann nicht mehr zuzumuten; der Gläubiger hat sein Aufwertungsrecht verwirkt.

I. Die Erfassung der Eigenart aufwertungsrechtlicher Tatbestände läßt sich am besten aus der besonderen Lage heraus ermöglichen, aus der das Aufwertungsrecht entstanden ist. Durch Klarstellung dieser Zusammenhänge wird man zu einer Einordnung der Verwirkung in aufwertungsrechtliche Zusammenhänge gelangen können.

1. Zur Zeit des Erlasses der Währungsvorschriften war weder tatbestandlich, geschweige denn hinsichtlich dafür anzuwendender Rechtsfolgen, ein Währungsverfall in Betracht gezogen worden. Als dann die Geldentwertung eintrat und im Laufe der Zeit immer stärker wirkende Ausmaße annahm, zeigte sich diese Lücke im Währungsgesetz. Jeder Schuldner konnte sich nach dem Wortlaut der Währungsnorm seiner Verbindlichkeiten mit entwertetem Gelde entledigen. Die Rechtsprechung unterstützte ihn lange durch Aufstellung des Satzes „Mark = Mark". Schließlich aber entschied das Reichsgericht[1]), daß der Verfall der Mark zu berücksichtigen sei,

[1]) RG 107, 85.

und Geldforderungen gemäß § 242 ihrem eigentlichen Wert entsprechend aufgewertet werden müßten. Auch die Fälle, nach denen die Leistung schon bewirkt und in ihrem Wert durch den Währungsverfall schon beeinträchtigt war, sollten eine nachträgliche aufwertungsrechtliche Regelung erfahren. Hinsichtlich dieser Fälle entschied das Reichsgericht [2]), daß lediglich nach dem 15. August 1922 gezahlte Geldforderungen aufgewertet werden dürften (sog. rückwirkende Aufwertung). Die schon bewirkte Zahlung sollte demzufolge als Teilleistung gelten, so daß das Aufwertungsbegehren des Gläubigers ein gesetzliches Nachforderungsrecht hinsichtlich des übrigen Teiles seiner Forderung darstellt.

Von dieser Rechtsprechung ging das Reichsgericht durch Urteil vom 7. Dezember 1926 [3]) ab, indem es den Grundsatz über den frühesten für die Aufwertung in Betracht kommenden Zeitpunkt (15. August 1922) auf Geschäfte des kaufmännischen Güterumsatzes und des täglichen Wirtschaftslebens einschränkte. Dieser Umschwung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde damit begründet, daß die in der Einführung eines bestimmten Stichtages liegende gleichförmige Lösung nicht allen Fällen gerecht werden könne. Sie entspräche vielmehr am besten dem Charakter solcher Rechtsverhältnisse, die „auf Massenabschluß typisch gleicher Geschäfte" gerichtet sind. Die Geschäftsinhaber solcher Betriebe wären zugleich Käufer und Verkäufer für die nämlichen Sachgüter und hätten demgemäß nicht einseitig unter dem Währungsverfall zu leiden. Die in dem Stichtag liegende gleichförmige Lösung aufwertungsrechtlicher Fragen könne aus diesen Gründen für die obigen Fälle aufrecht erhalten werden.

Durch Urteil vom 18. Februar 1927 [4]) in Verbindung mit dem Urteil vom 20. November 1926 [5]) ist dann entschieden worden, unter welchen Umständen die vor Mitte August 1922 geleisteten Zahlungen eine nachträgliche Aufwertung rechtfertigen könnten. Das Reichsgericht erklärte, daß die Gesamtheit aller Umstände, insbesondere die Vermögensentwicklung auf beiden Seiten der Parteien bis zum Urteil, zu berücksichtigen sei.

---

[2]) RG 113, 141.
[3]) RG 115, 200.
[4]) RG 115, 201.
[5]) RG 114, 399.

2. Aus dieser stufenweisen Entwicklung der Rechtsprechung in aufwertungsrechtlichen Fragen, ergibt sich das Wesen des Aufwertungsrechts. Als eine Grundlage wird § 242 BGB hingestellt; doch nicht kraft allgemein gültiger „höherer Natur" dieser Bestimmung, der infolgedessen der Vorrang vor dem Währungsgesetz zukäme. Ausschlaggebend war vielmehr die Tatsache, daß die weitere Anwendung des Währungsrechts in seiner alten Form auf die durch den Währungsverfall entstandene besondere Rechtslage einer Anwendung von unrichtigem Recht gleichgekommen wäre. Richtige Rechtsfindung durch Ausfüllung der Lücke im Währungsrecht (s. oben) war daher notwendig, wenn das Recht der durch die Geldentwertung bedingten besonderen Lage gerecht werden wollte. Sinn und Zweck des Aufwertungsrechts ist es, den Gläubiger vor Nachteilen, unter denen er einseitig durch Zahlung des Schuldners mit entwertetem Gelde zu leiden gehabt hätte, zu schützen.

Das Schutzbedürfnis des Gläubigers war somit für die Entstehung des Aufwertungsrechts ausschlaggebend. Dieser Gesichtspunkt zieht sich als Leitfaden durch die stufenweise Entwicklung der Rechtsprechung. Er ist für die einzelnen Entscheidungsergebnisse immer bestimmend gewesen. Wo das Schutzbedürfnis auf der Gläubigerseite infolge der besonderen Natur bestimmter Rechtsverhältnisse (s. zweite Stufe der Entwicklung) weniger groß war, versagte die Rechtsprechung dem Gläubiger ihre Hilfe in entsprechendem Maße. Sie setzte der Aufwertung eine bestimmte Grenze durch Festsetzung eines bestimmten Stichtages; darüber hinaus gab es keine Aufwertung. Für alle anderen Fälle war eine solche gleichmäßig geltende Grenze nicht mehr vorhanden. Auch für diese Fälle durfte freilich die Aufwertung nicht uneingeschränkt zugelassen werden, damit sie nicht zu Ungerechtigkeiten gegen den Schuldner führte. Zu starke Betonung des Gläubigerschutzes hätte unter Umständen bis zur wirtschaftlichen Vernichtung des Schuldners ausarten können[6]). Derartigen Auswirkungen mußte vorgebeugt werden. Die Lösung ergab sich durch ein Zurückgreifen auf § 242 in seiner grundlegenden Bedeutung für aufwertungsrechtliche Fragen. Auf diese Weise erklärt sich die letzte Stufe reichsgerichtlicher Rechtsprechung in aufwertungsrechtlichen Fragen, daß dem Auf-

[6]) RG JW 28, 1384; 30, 812; 31, 2704.

wertungsgläubiger Interessenschutz durch Aufwertung nur insoweit gewährt werden dürfe, wie sich ein solcher infolge gerechter Interessenabwägung aller Umstände auf beiden Parteiseiten bejahen läßt.

Hieraus läßt sich eine ganz allgemeine, für das Aufwertungsrecht aber besonders wesentliche Folgerung ziehen: das Schutzbedürfnis auf der einen Seite zweier sich gegenüberstehender Parteien muß seine notwendige Begrenzung an dem Schutzbedürfnis auf der anderen Seite finden. Soweit sich infolge objektiver Betrachtungsweise ein Schutzbedürfnis des Gläubigers bejahen läßt, soll dieses durch Aufwertung rechtlich Berücksichtigung finden. Objektive Betrachtungsweise in aufwertungsrechtlichen Fragen läßt sich aber nur durch abwägende Berücksichtigung der Interesseneinlage auf beiden Seiten der Parteien ermöglichen. Ein bestimmter, für alle Fälle als Maßstab dienender typischer Tatbestand war naturgemäß nicht vorhanden (s. oben S. 16/17). Er kann auch ohne weiteres nicht aufgestellt werden, da die jeweilige zwischen den Parteien bestehende Sonderbeziehung als solche im Vordergrund aller Aufwertungsinteressen stehen muß [7]). Innerhalb dieser besonderen Beziehung soll aber eine gerechte Lösung erzielt werden, die die Interessen des Gläubigers und die des Schuldners in Einklang bringt.

Zusammenfassend stellt das Aufwertungsrecht eine Rechtsfindung dar, welche die durch die Zeit der Geldentwertung entstandene Lücke in den Währungsvorschriften ausfüllen soll. Im Hinblick auf die Funktion des Aufwertungsrechts ergibt sich, daß der Gläubiger soweit geschützt werden muß, wie sich infolge objektiver Bewertung gemäß § 242 BGB ein Schutzbedürfnis bejahen läßt.

II. An Hand dieses Ergebnisses soll mittels der von mir aufgestellten Methode untersucht werden, welche Rolle die Verwirkung im Aufwertungsrecht spielt. Am einfachsten ließe sich diese Frage auf Grund obiger Ausführungen dahingehend beantworten: Verwirkung ist die hundertprozentige Ablehnung eines Schutzbedürfnisses auf der Gläubigerseite. Infolgedessen kann dem Aufwertungsbegehren des Gläubigers nicht stattgegeben werden. Das kann aber schon

[7]) Die dinglich gesicherten Vermögensanlagen sind allerdings durch das gesetzliche Aufwertungsrecht verhältnismäßig erschöpfend geregelt worden. Vgl. dazu RG JW 32, 1054; RG 124, 41 ff.

deshalb nicht zutreffen, weil in den Verwirkungsfällen der Aufwertungsanspruch gerade existiert und nur seiner Ausübung die Verwirkung entgegensteht. Außerdem muß geprüft werden, ob sich die Verwirkung systematisch als eine besondere, aufwertungsrechtlicher Eigenart gerecht werdende Rechtseinrichtung darstellt. Hierfür kommt es darauf an, ob sie sich in das Wesen und in die Funktion des Aufwertungsrechts so einordnen läßt, daß sie nur aus aufwertungsrechtlichen Zusammenhängen heraus ihre systematische Rechtfertigung erhält.

1. Siebert erblickt einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Aufwertung und Verwirkung. Bei der Aufwertung handele es sich um Bestand und Höhe des Aufwertungsanspruches, während die Verwirkung der Ausübung des Aufwertungsanspruches infolge besonderer Umstände entgegenstände[8]). Grundsätzlich wären die für beide Fragen zu berücksichtigenden Umstände jedes Einzelfalles nicht die gleichen[9]). Später wird diese Ansicht dahin eingeschränkt, daß praktisch meistens diese Umstände zusammenfielen[10]) — sich praktisch also doch decken.

Da diese Arbeit gerade das entgegengesetzte Ergebnis erzielen, nämlich einen sinngemäßen Zusammenhang zwischen Aufwertungsrecht und Verwirkung nachweisen will, soll von einer besonderen Stellungnahme zu der Siebertschen Ansicht abgesehen werden. Vielmehr wird zunächst untersucht, ob sich auf Grund der oben angegebenen Methode dieses Ziel erreichen läßt[11]). In diesem Zusammenhang ist die im Schrifttum vielfach besprochene Frage von richtunggebender Bedeutung, ob das Aufwertungsrecht ein „außerordentlicher Rechtsbehelf" sei, wie z. B. die Rücktritts- und Kündigungsrechte, Kriegs- und Verfallklauseln[12]).

2. Das Charakteristische der „außerordentlichen Rechtsbehelfe" ist, wie schon der Name besagt, das „Außerordentliche" — bei den

[8]) Siebert, S. 221.

[9]) Siebert, S. 222.

[10]) Siebert, S. 223.

[11]) Bejahendenfalls muß sich die Ablehnung der obigen Ansicht dann von selbst ergeben.

[12]) So: RG 117, 358; RG JW 31, 3084; RG 131, 225; RG JW 29, 3488 u. 34. OLG in JW 30, 2447; Stoll in JW 30, 2448; Heinemann, LZ 28, S. 936.

Rücktritts- und Kündigungsrechten der unerwartete Rücktritt, die unerwartete Kündigung; bei den Kriegs- und Verfallklauseln der plötzliche Eintritt der ihnen innewohnenden außergewöhnlichen Bedingung. Die ersteren Rechtsbehelfe sind Gestaltungsrechte, die letzteren setzen eine Bedingung voraus, mit deren Eintritt der Rechtsbehelf entsteht[13]).

Bestand und Umfang des Aufwertungsanspruches ist nach den obigen Ausführungen lediglich eine gesetzliche Folge des nach § 242 BGB durch Interessenausgleich zu bestimmenden Tatbestandes. Das Aufwertungsrecht des Gläubigers stellt daher weder ein Gestaltungsrecht dar, noch bedeutet es den Eintritt einer besonderen Bedingung, wie sie den Kriegs- und Verfallklauseln als typisches Merkmal innewohnt. Ergibt sich gemäß § 242 BGB ein Aufwertungsrecht, dann liegt ein gesetzliches Nachforderungsrecht des Gläubigers hinsichtlich des restlichen Teiles seiner Forderung vor. Aus diesem Grunde wird die Ansicht, die Aufwertung sei ein außerordentlicher Rechtsbehelf, vielfach abgelehnt[14]). —

Bei den außerordentlichen Rechtsbehelfen besteht bis zur Ausübung des Gestaltungsrechts und bis zum Eintritt der besonderen Bedingung ein lästiger Schwebezustand für den Rechtsgegner. Diese besondere Lage ist für die betreffenden Rechtsbehelfe jedenfalls so wesentlich und erheblich, daß sie rechtliche Berücksichtigung gefunden hat[15]). Die Frage ist daher, ob sich zwischen den außerordentlichen Rechtsbehelfen und dem Aufwertungsrecht in dieser Hinsicht ein Berührungspunkt ergibt.

Abgesehen von der gesetzlichen Aufwertung — die im Zusammenhang mit dem Verwirkungsproblem wegen der darin vorgesehenen gesetzlichen Fristen sowieso keine Rolle spielen kann[16]) — wird in den meisten Fällen weder dem Aufwertungsgläubiger noch -schuldner der Aufwertungsanspruch in seiner wirklichen Existenz bekannt sein. Diese Annahme beruht darauf, daß im Gebiet des freien Aufwertungsrechts eine Entscheidung nur von Fall zu Fall gemäß § 242 BGB getroffen werden kann, da dieses Recht

---

[13]) Vgl. dazu Staub, Anhang zu § 374, Anm. 98, 147, 148; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl., Bd. IV, § 346, Anm. 13 c.

[14]) Vgl. Mügel, JW 30, 1044; Best, JW 32, 1803; Beisler, JW 28, 1338.

[15]) Vgl. dazu Krause, S. 182/83.

[16]) RG 124, 41 ff.

keinen festen gesetzlichen Tatbestand gibt[17]). Erst durch das Aufwertungsurteil werden Berechtigung des Aufwertungsbegehrens und wirkliche Existenz des Aufwertungsanspruches beiden Parteien zur vollen Gewißheit. Diese von der Zahlung bis zum Aufwertungsurteil abgelaufene Zeitspanne kann daher objektiv als Schwebezeit betrachtet werden. Sie muß insbesondere für den Schuldner lästig sein. Dieser wird nach einer Zeit anscheinender Ausgeglichenheit auf Grund der schon bewirkten Zahlung in derselben Angelegenheit plötzlich wieder mit einem Anspruch belastet, dessen Vorhandensein ihm entweder gar nicht bewußt, zumindest höchst ungewiß sein mußte. Insofern besteht eine Ähnlichkeit zwischen dem Aufwertungsrecht und den außerordentlichen Rechtsbehelfen.

Beide Rechtsbehelfe beenden einen Zustand anscheinender Ausgeglichenheit, bzw. höchster Ungewißheit, zu Lasten des Schuldners. Bei den außerordentlichen Rechtsbehelfen (Gestaltungsrechten) liegt die Initiative grundsätzlich beim Berechtigten; von seiner Entscheidung hängt die Klarstellung der beiderseitigen Rechtslage ab. Bei der Aufwertung dauert die objektiv als Schwebezustand zu erachtende Zeitspanne mindestens solange an, bis der Gläubiger mit seinem Aufwertungsbegehren an den Schuldner herantritt, eigentlich bis zum Erlaß des Aufwertungsurteils. Da das Aufwertungsrecht bei der freien Aufwertung keine gesetzliche Regelung erfahren hat, fehlt auch eine technische Ordnung hinsichtlich dieser für den Schuldner lästigen Schwebezeit, z. B. durch Einführung einer besonderen Herausforderungspflicht für den Aufwertungsschuldner (vgl. § 355 BGB). Es fragt sich daher, ob der Verwirkung im Aufwertungsrecht diese Funktion zukommt, daß durch sie einem Zustand der Rechtsunsicherheit ein Ende gemacht und der Wiederaufrollung längst als abgewickelt betrachteter Geschäfte eine Grenze gesetzt wird.

3. Die Rechtsprechung hat in der Frage der aufwertungsrechtlichen Verwirkung eine besonders auffallende Entwicklung durchgemacht[18]). Eine Zeitlang wurde für ihre Bejahung vor allem vorausgesetzt, daß auf Seiten des Schuldners nicht nur gedanklich guter Glaube an das Nichtbestehen des Aufwertungsanspruchs vorliegen

---

[17]) s. oben S. 25/26.

[18]) Belege bei Mügel, JW 30, 1042 ff.

müsse, sondern daß sich dieser nach außen hin durch irgendwelche entsprechenden Maßnahmen des Schuldners kundtue[19]). Neuerdings hat sich in dieser Hinsicht eine Wandlung angebahnt: Nach Ablauf mehrerer Jahre, während derer der Gläubiger mit seinem Aufwertungsbegehren nicht hervorgetreten ist, soll ohne weiteres die Schlußfolgerung gezogen werden, daß der Schuldner sich auf die Nichtgeltendmachung des Anspruchs eingestellt habe[20]). Die Rechtfertigung hierfür erblickt das Reichsgericht darin, daß andernfalls die Wiederaufrollung längst als abgewickelt zu betrachtender Rechtsgeschäfte geradezu gefördert würde.

Der Gesichtspunkt des Zeitablaufs hat mit dieser Wandlung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts stärkere, wenn nicht alleinige und ausschlaggebende Bedeutung gewonnen[21]). Jedenfalls treten die sonst allgemein für die Verwirkung neben dem Zeitablauf geforderten „qualifizierten Umstände" des Einzelfalles derart in den Hintergrund, daß die Verwirkung in Wahrheit als rein zeitliche Grenze für die Geltendmachung von Aufwertungsansprüchen erscheint. Die Beziehung zur Verjährung liegt greifbar nahe. Der Verwirkung käme im Aufwertungsrecht eine Funktion zu, wie sie den Verjährungsvorschriften im geltenden Recht allgemein eigen ist.

a) Die Verjährung ist eine besondere gesetzliche Folge fortgesetzter Nichtausübung eines Rechts. Nach ihrem Ablauf kann der Schuldner die Erfüllung des an sich noch bestehenden Anspruchs (§§ 813, 222, Abs. 2 BGB) dauernd verweigern (§ 222, Abs. 1 BGB). Die verschiedenen Verjährungsfristen sind mit Rücksicht auf das Allgemeininteresse an der Aufrechterhaltung eines lange Zeit ungestört gebliebenen Rechtsscheines und an der möglichst schnellen Abwicklung des Rechtsverkehrs geschaffen worden. Diese Vorschriften richten sich insbesondere gegen den Gläubiger, der lange Zeit nicht mit seiner Forderung hervorgetreten ist und schützen den Schuldner, dem wegen anscheinender Ausgeglichenheit der Rechtslage die Leistung nicht mehr zugemutet werden kann. Dabei ist zu

[19]) Mügel, a. a. O., S. 1047.

[20]) RG 131, 225; 134, 357; RG JW 32, 1054/55; RG DJZ 32, 1353; vgl. auch Mügel, JW 32, 41 — darüber, daß auf Seiten des Gläubigers entschuldbare Nichtkenntnis von seinem Aufwertungsrecht keine Berücksichtigung findet vgl. RG DJZ 29, 1476.

[21]) Siehe insbes. RG JW 32, 1054.

beachten, daß das Interesse an möglichst schneller Abwicklung des Rechtsverkehrs durch die Eigenart der Rechtsverhältnisse verschieden bedingt ist. Aus dieser Verschiedenheit typischer Rechts- und Interessenlagen erklären sich die verschiedenen Verjährungsfristen, die für die Geltendmachung der einzelnen Rechtsbehelfe durch das Gesetz aufgestellt sind (§§ 195 ff. BGB).

Naturgemäß konnten nur die dem bürgerlichen Recht entsprin genden und dort gesetzlich festgelegten Rechtslagen bei der gesetzlichen Regelung der Verjährungsvorschriften Berücksichtigung finden. Das Aufwertungsrecht ist erst viel später aus irregulären wirtschaftlichen Verhältnissen heraus entstanden. Im Hinblick auf die außerordentliche Natur dieses Rechts (s. oben) mußte es zweifelhaft erscheinen, ob man die bestehenden gesetzlichen Verjährungsfristen auf das Aufwertungsrecht anwenden konnte.

b) Es ist zu prüfen, ob sich die vom Reichsgericht für die aufwertungsrechtliche Verwirkung entwickelten Gesichtspunkte mit dem Grundgedanken des Verjährungsrechts decken. Das Reichsgericht sagt, daß man den Schuldner nicht unbegrenzt lange Zeit einem lästigen Schwebezustand aussetzen dürfe; der Wiederaufrollung längst als abgewickelt betrachteter Rechtsgeschäfte müsse eine Grenze gesetzt werden; dem Schuldner sei nach jahrelangem Zögern des Gläubigers mit der Geltendmachung des Aufwertungsanspruchs die Leistung nicht mehr zuzumuten. Diese Gesichtspunkte laufen systematisch auf einen Rechtsgedanken hinaus, wenn man sie mit der außerordentlichen Natur des Aufwertungsrechts in Zusammenhang bringt. Die besondere Natur des Aufwertungsrechts bedingt eine ungewisse, den außerordentlichen Rechtsbehelfen ähnliche Rechts- und Interessenlage, aus der sich insbesondere für den Schuldner ein nach allgemeiner Auffassung berechtigtes Interesse an alsbaldiger, endgültiger Klarstellung ergibt. Wird dieser Zustand aber jahrelang durch Schweigen auf der Gläubigerseite aufrecht erhalten, dann besteht dem Scheine nach eine ausgeglichene Rechtslage zwischen den Parteien, auf die sich infolgedessen der Aufwertungsschuldner inzwischen eingerichtet hat. Dieser Rechtszustand ist dann aber um allgemeiner Rechtssicherheit willen aufrecht zu erhalten.

Auf diesem Wege ist man zur Verwirkung gelangt. Dieser Rechtsfolge liegen demnach Rechtsgedanken zugrunde, die in den

Verjährungsvorschriften des geltenden Rechts ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden haben. Sinngemäß kann dann die Verwirkung im Aufwertungsrecht auch nur die Bedeutung haben, die für die gesetzlichen Verjährungsvorschriften allgemein festgestellt worden war: Die Geltendmachung von Aufwertungsansprüchen zeitlich zu begrenzen. Im Ergebnis stellt die Verwirkung damit eine der besonderen Natur des Aufwertungsrechts gerecht werdende Verjährungsfrist dar. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß das Reichsgericht in seiner Verwirkungsrechtsprechung eine im voraus bestimmte, fest umrissene und damit allgemeingültige Frist für die Ausübung der Aufwertungsansprüche nicht aufgestellt hat, wie sie in den Verjährungsvorschriften zu finden ist. Hinsichtlich der Frage nach Bestand und Höhe des Aufwertungsrechts kann eine Entscheidung nur von Fall zu Fall durch Berücksichtigung der besonderen Interessenlage zwischen den Parteien gemäß § 242 BGB getroffen werden. Die Wirkung des Zeitablaufs — in Gestalt der Verwirkung — auf die jeweilige Interessenlage läßt sich daher ebenfalls nur von Fall zu Fall bestimmen.

---

Zusammenfassend kommt man damit zu folgendem Ergebnis: Hinter der Verwirkung im Aufwertungsrecht verbergen sich allgemeine, den gesetzlichen Verjährungsvorschriften als ratio zugrunde liegende Rechtsgedanken, die in Verbindung mit dem Aufwertungsrecht eine neue Regelung und Wertung erfahren mußten. Dazu bediente man sich der sogenannten „Verwirkung" und ließ mit dieser neuen Rechtsform den Irrtum entstehen, daß sich hinter dieser neuen Erscheinung auch neue Rechtsfragen versteckten, für die rechtssystematische Lösungswege gefunden werden müßten. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, daß es sich bei der aufwertungsrechtlichen Verwirkung in Wirklichkeit nur um eine besonders gearteto Verjährung handelt, die sich aus der außerordentlichen Natur des Aufwertungsrechts heraus rechtfertigt.

## § 2. Die Verwirkung im Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes.

Für das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes ist die Verwirkung durch die Rechtsprechung in der oben genannten Entscheidung (RG 144, 22 ff.) im Anschluß an vorangegangene ständige Rechtsprechung gleichfalls anerkannt worden. Hierfür kommen zwei Sondergebiete in Betracht: das Wettbewerbsgesetz in Verbindung mit dem Warenzeichenrecht und das Urheber- und Patentrecht.

### I. Die Verwirkung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht.

Die Rechtsprechung ist in der Verwirkungsfrage auf dem Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts nicht immer einheitlich verlaufen[22]). Als Leitentscheidungen kommen im Rahmen dieser Untersuchungen vor allem die Entscheidungen in RGZ 134, 38 und in JW 34, 24 ff. in Betracht. Erstere ist maßgebend für die rechtliche Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Verwirkung. Mit der Erkenntnis, daß der das ganze Wettbewerbsrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben Grundlage der Verwirkung sei, war vom Reichsgericht ein erheblicher Vorstoß in der damals noch sehr ungeklärten Streitfrage gemacht worden, ob Verschulden auf der einen oder anderen Seite der Parteien eine ausschlaggebende Rolle im Verwirkungstatbestand spielen müsse[23]). Die Entscheidung in JW 34, 24 ff. ist in anderer Hinsicht von Bedeutung: Hier nimmt das Reichsgericht grundsätzlich Stellung zu der Frage, wie groß der Umfang der Verkehrsgeltung bei dem jüngeren Zeichen sein müsse, um „schutzwürdigen Besitzstand" bejahen zu können.

Jedenfalls beruht die Verwirkung im Wettbewerbsrecht nach dem heutigen Standpunkt der Rechtsprechung auf folgenden Gesichtspunkten: Der eingetragene Zeicheninhaber kann von dem Verletzer seines Zeichens nicht mehr Unterlassung des Zeichengebrauchs fordern, wenn dem Verletzer die Unterlassung des Zeichengebrauchs wegen des mit großer Mühe und vielen Kosten geschaffenen Be-

---

[22]) Über die Entwicklung der Rechtsprechung im einzelnen vgl. Siebert, S. 8, 12 u. 193; Reimer, I, S. 167 ff., 391 ff.

[23]) Vgl. dazu noch Siebert, S. 12.

sitzstandes nicht mehr zuzumuten ist. Das Zeichen des Verletzers hat sich dann im Verkehr tatsächlich durchgesetzt und ist infolgedessen schutzwürdig geworden. Der ältere Zeicheninhaber hat sein Recht gegen den Verletzer verwirkt.

Unerläßliche Voraussetzung der wettbewerbsrechtlichen Verwirkung ist somit der Besitzstand. Die Fragestellung muß im Rahmen der oben gestellten Aufgabe infolgedessen sein: Was bedeutet Besitzstand? Läßt er sich aus der Eigenart wettbewerbsrechtlicher Tatbestände heraus erklären und in seinen näheren Voraussetzungen darin einordnen? Bejahendenfalls muß sich dann die Verwirkung als eine besondere wettbewerbsrechtliche Erscheinung rechtfertigen lassen.

1. Die Eigenart wettbewerbsrechtlicher Tatbestände läßt sich am besten durch Klarstellung der sehr bestrittenen Frage nach dem Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts [24]) erfassen.

Ausgangspunkt für diese Untersuchung soll zunächst die von Siebert vertretene Ansicht sein, daß ein immaterielles Gut, das Unternehmen, als primärer Schutzgegenstand wettbewerbsrechtlicher Tatbestände anzusehen ist, für dessen Ausgestaltung allerdings der Einfluß der Persönlichkeit von maßgebender Bedeutung ist [25]). Die Beziehung des Unternehmers als dem Träger dieses immateriellen Gutes zu dem Schutzgegenstand vergleicht Siebert mit dem Eigentum, so daß das Recht des Unternehmers als das „Quasi-Eigentum" am Unternehmen zu bezeichnen wäre [26]). Jede Wettbewerbshandlung ist eine Ausübung dieses „Quasi-Eigentums" am Unternehmen. Das Nebeneinanderbestehen vieler Unternehmen und die sich daraus ergebende Interesseneinlage führt Siebert zu dem Schluß, daß das Wettbewerbsrecht als das „Nachbarrecht der Unternehmen" [27]) zu bezeichnen sei. Es fragt sich, ob ein derartiger Vergleich wettbewerbsrechtlicher Gesichtspunkte mit dem Eigentum zu rechtfertigen ist. Die Tragweite dieser Frage geht über die bloße Feststellung, daß es Eigentum nur an beweglichen Sachen und Grundstücken gibt, hinaus. Es sollen vielmehr die wesentlichen Merk-

---

[24]) Vgl. dazu Siebert, S. 158/60 und dort angegebene Literatur.
[25]) Siebert, a. a. O., S. 159/60.
[26]) ebenda, S. 161.
[27]) ebenda, insbes. Anm. 5.

male des Wettbewerbsrechts einerseits und die des Sachenrechts andererseits herausgestellt werden. Erst eine Gegenüberstellung dieser wesentlichen Gesichtspunkte ergibt dann, ob sie im Sinne des Siebertschen Vergleichs zueinander in Beziehung gebracht werden können, oder ob das Wesen des Wettbewerbsrechts losgelöst von sachenrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet werden muß.

Als Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts war zunächst das Unternehmen als Immaterialgut festgestellt worden — eine Feststellung, die in den folgenden Ausführungen ihre Rechtfertigung finden soll.

Das Wesentliche am Unternehmen im Hinblick auf seine wettbewerbsrechtliche Bedeutung ist die Gesamtheit von ineinandergreifenden, nichtfaßbaren, unkörperlichen Geschäftsgütern, die je nach ihrer Eigenart in mehr oder weniger enger Beziehung zum Unternehmen stehen [28]). Jedenfalls haben diese Geschäftsgüter keine selbständige Bedeutung, sondern sind lediglich im Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck im Ganzen von Bedeutung [29]).

Bei der rechtlichen Regelung von Immaterialgütern ist Gegenstand der Regelung nicht eine sinnlich wahrnehmbare Sache oder Substanz als tatsächliche Gegebenheit, sondern der darin enthaltene abstrakte Wert. Der in einem wirtschaftlichen Betrieb enthaltene Wert ergibt sich aus einem organischen Zusammenwirken von Energien mit den mannigfachsten Intensitätsgraden. Die Bezeichnung „der Betrieb ist organische Existenz" [30]) trifft das am besten. Als solche kann er nur bestehen, wenn sich seine produktiven Kräfte dauernd und möglichst ungestört entfalten können. Gesteigerter wirtschaftlicher Verkehr erfordert eine stärkere Anpassungsfähigkeit für jeden einzelnen Betrieb, da sonst seine Existenzfähigkeit aufs äußerste erschwert wird [31]). Damit ein Betrieb sich in der außerordentlichen Schnellebigkeit der wirtschaftlichen Erscheinungen halten kann, muß er sich Beachtung im Verkehr verschaffen. Der in ihm enthaltene Wert muß durch dauernde Werbetätigkeit nach außen dringen,

---

[28]) Callmann, S. 23/24; Oppikofer, S. 120/22.

[29]) Darüber, daß auch körperliche Gegenstände neben den unkörperlichen Werten an dem Unternehmen beteiligt sind, für wettbewerbsrechtliche Tatbestände aber keine Rolle spielen, vgl. Callmann, a. a. O.

[30]) Bott-Bodenhausen, S. 106.

[31]) Furler, S. 72. Vgl. auch Callmann, S. 33 u. 67.

damit das Unternehmen Geltung im Verkehr erhält. Auf diese Weise wird die gesteigerte Konkurrenzgefahr anderer Betriebe eingeschränkt oder ausgeschaltet und die Geltung des eigenen Betriebes im wirtschaftlichen Verkehr erhalten und nach Möglichkeit gefördert. In diesen Wettbewerbskampf der um Geltung ringenden Unternehmen ausgleichend und abgrenzend einzugreifen, ist — wie schon der Name besagt — Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts. Dieses Gesetz regelt die Werbetätigkeit der Unternehmen nach bestimmten Gesichtspunkten. Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Tatbestände ist dann also das Unternehmen in seiner Funktion als „Werbekraft [32]).

Sachenrechtlicher Regelung liegen dagegen sinnlich wahrnehmbare, körperliche Gegenstände zugrunde. Es wird von einer Substanz ausgegangen, und die beherrschende Beziehung einer Person zu ihr wird geregelt und geschützt. Damit ist das Sachenrecht eine Rechtsordnung, die auf in sich ruhende Rechtszustände zugeschnitten ist und infolgedessen alle Arten und Möglichkeiten sachenrechtlicher Beziehungen von vornherein gesetzlich festgelegt und umgrenzt hat („numerus clausus" der Sachenrechte). Es ist also ein Zustands- oder Herrschaftsrecht.

Wird im Sachenrecht infolge des Nebeneinander von gegebenen Herrschaftsrechten — insbes. kommt in diesem Zusammenhang das Nachbarrecht in Betracht — eine ausgleichende Regelung getroffen (§§ 904 ff., 1004 BGB), dann findet diese in festumrissener, grundsätzlich ausschließlich geltender Form statt. Das Wettbewerbsrecht dagegen enthält den Ausgleichsgedanken in der elastischen Form einer Blankettnorm (§ 1 UWG). Es stellt eine Rechtsordnung dar [33]), in der die Wettbewerbstätigkeit der Unternehmen Ausgleich und „lebendiges Funktionieren" [34]) finden soll. Infolgedessen ist es von äußerst schnellebigen wettbewerblichen Erscheinungen und ständig wechselnden Anschauungen des Verkehrs abhängig. Den Ausgleichsgedanken in die Form einer Blankettnorm mit ihrer großen Spannweite zu bringen, war daher eine angemessene, wenn auch gefahrvolle Lösung [35]).

---

[32]) Vgl. Ullmer, S. 3 ff.; Callmann, S. 24, 31 ff., 88; Oppikofer, S. 134/35.

[33]) s. oben S. 28/29.

[34]) Elster, JW 34, S. 30.

[35]) Vgl. dazu Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, S. 60 ff.

Die sachen- und immaterialgüterrechtlicher Regelung zugrundeliegenden jeweiligen Gegenstände bedingen danach wegen ihrer grundsätzlichen Verschiedenartigkeit eine entsprechende Verschiedenheit in den Mitteln des rechtlichen Ausdrucks. Die daraus fließenden Ansprüche — insbes. kommen in diesem Zusammenhang die §§ 1004 BGB, 1 UWG in Betracht — sind dementsprechend grundsätzlich andersartig. Man muß daher die Natur des Wettbewerbsrechts losgelöst von sachenrechtlichen Gesichtspunkten betrachten. Ein Vergleich kann nur die Gegensätzlichkeit dieser beiden Rechtsgebiete betonen. Das Wettbewerbsrecht stellt ein „dynamisch-funktionales" Recht dar[36]), während das Sachenrecht im Gegensatz dazu einen streng „formativen" oder „statischen" Charakter trägt[37]).

2. Die wichtigsten Geschäftsgüter des Unternehmens sind seine Werbemittel, die gewerblichen Kennzeichen[38]). Sie dienen entweder der Identifizierung des Unternehmens im ganzen (Unternehmenskennzeichen — Firma, Ausstattung) oder zur Bezeichnung des Unternehmens als Bezugsquelle bestimmter Waren (Warenkennzeichen). Eine in sich geschlossene Regelung hinsichtlich des Erwerbes, Schutzes und Verlustes der Rechte am Warenzeichen ist durch das Warenzeichengesetz von 1894 getroffen worden. Danach erhält ein Warenzeichen Rechtsschutz nur, wenn es im Register eingetragen ist. Maßnahmen gegen unlautere Eingriffe in einen fremden Geschäftsbetrieb durch Verletzung des Warenzeichens waren also nur durch vorangegangenen Registereintrag möglich. Sinn der Eintragung und damit des Warenzeichenrechtes ist demgemäß, den eingetragenen Warenzeichen Rechtsschutz zwecks Begünstigung wettbewerblicher Entwicklung zu geben.

Sinn des Wettbewerbsrechtes von 1909 ist nach dem oben Gesagten[39]), die Werbekraft des Unternehmens als einen schutzwürdigen Wert zu erhalten und zu fördern und jeden objektiven Verstoß gegen die Grundsätze lauterer Wettbewerbstätigkeit rechtlich zu mißbilligen.

---

[36]) Elster, JW 34, S. 28. Callmann, S. 88, Note 10. Bott-Bodenhausen, S. 106.

[37]) Bott-Bodenhausen, S. 108.

[38]) Callmann, S. 31 ff.

[39]) s. oben S. 29.

Da es sich bei der wettbewerbsrechtlichen Verwirkung in den meisten Fällen um die Ausübung von Warenzeichenrechten handelt, muß das Verhältnis von Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht im Hinblick auf § 16 UWG klargestellt werden. Danach sieht es so aus, als sollte eine Unterscheidung zwischen Unternehmenskennzeichen einerseits (Firma und Ausstattung, § 16, Abs. 1 und 2 UWG) und Warenkennzeichen andererseits gemacht werden, indem für die letzteren auf das Warenzeichenrecht und seinen Rechtsschutz verwiesen wurde (§ 16, Abs. 3 UWG). Demzufolge müßte das Warenzeichenrecht mit seinem Registerprinzip lex specialis gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht sein.

Eine solche Unterscheidung hinsichtlich der einzelnen Rechtsschutzvoraussetzungen für die gewerblichen Kennzeichen muß aber zu uneinheitlichen und damit ungerechten Rechtsfolgen führen. Das Registersystem des Warenzeichenrechts beruht auf dem Prinzip der „Entwicklungsbegünstigung für Warenzeichen zur Sicherung einer Monopolstellung“ [40]). Sinn und Zweck der Eintragung eines Warenzeichens ist seine Geltung im Verkehr und damit Förderung der Werbekraft des Unternehmens im Ganzen. Das Warenzeichen stellt sich als eine Art der Ausstattung dar. Die Rechtsprechung drängte das Registersystem zu Gunsten des Wettbewerbsrechtes zurück, indem es Warenzeichen und Ausstattung als gleichwertig im Sinne des Wettbewerbsrechts bezeichnete. Das Warenzeichengesetz ist gleichsam Teilausschnitt des UWG [41]).

Die rechtssystematische Erfassung der Verwirkung von Warenzeichenrechten kann und muß infolgedessen vom Boden des Wettbewerbsrechtes aus erfolgen. An Hand der Rechtsprechung soll der Tatbestand der Verwirkung mit der Eigenart wettbewerbsrechtlicher Tatbestände in Zusammenhang gebracht und wenn möglich ihnen eingeordnet werden.

3. Notwendige Voraussetzung der Verwirkung ist der Besitzstand. Er bedeutet nach der heute maßgebenden Entscheidung des Reichsgerichts [42]), daß der jüngere Zeicheninhaber das gleiche oder

---

[40]) Ulmer, S. 63.

[41]) RG JW 33, S. 2332 mit Anmerkung von Baumbach.

[42]) s. oben RG JW 34, S. 24 ff.

ähnliche Zeichen eines eingetragenen Berechtigten solange und intensiv gebraucht hat, daß das Zeichen dadurch „Verkehrsgeltung" erlangt hat. Zeitablauf bzw. besondere Intensität des Zeichengebrauchs und Besitzstand stehen also in ursächlichem Zusammenhang miteinander. Sie sind Faktoren, die sich gegenseitig bedingen, so daß Verwirkung nur bei Vorliegen von beiden bejaht werden kann [43]).

a) Verkehrsgeltung in obigem Zusammenhang mit Besitzstand bedeutet denjenigen Grad des tatsächlichen Eindringens eines Zeichens in den Verkehr, kraft dessen ein „erheblicher Teil" der in Betracht kommenden Abnehmerkreise — „bezogen auf deren Gesamtheit im Reichsgebiet" [44]) — das betreffende Zeichen dem Betrieb des Verletzers zurechnet [45]).

Auszugehen ist für die Frage des Besitzstandes von der heute herrschenden Ansicht, daß ein „erhebliches" Maß an Verkehrsgeltung ausreichend ist, um schutzwürdigen Besitzstand bejahen zu können. Der Begriff der „Erheblichkeit" als solcher, der diesem Tatbestand innewohnt, ist sehr dehnbar. Es muß ein allgemein richtender Gesichtspunkt gefunden werden, mit dessen Hilfe in allen Verwirkungsfällen die Frage des Besitzstandes möglichst einheitlich und gerecht gelöst werden kann. Das Reichsgericht gibt in der oben genannten Entscheidung gewisse Anhaltspunkte. Ein erhebliches Maß an Verkehrsgeltung soll vorliegen, wenn der angeworbene Abnehmerkreis so groß ist, daß das Zeichen dadurch für den Betrieb des Verletzers einen Wert bekommen hat, der nach allgemeiner Auffassung dem eines wirtschaftlich beachtlichen Betriebes entspricht [46]).

[43]) Callmann, S. 156.

[44]) RG JW 34, S. 30.

[45]) In diesem Punkt weicht die Gumpelsche Dissertation „Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht", Göttingen 1933, von der hier verfolgten Methode ab. In der Frage des Besitzstandes stellt Gumpel noch auf diejenigen Entscheidungen des Reichsgerichts ab, nach denen statt eines erheblichen Teiles der „überwiegende Teil" der in Betracht kommenden Abnehmerkreise, in dem Zeichen einen Hinweis auf den Betrieb des Verletzers erblicken muß (s. Gumpel, S. 45/47). Dadurch kommt Gumpel zu einem anderen Ergebnis bei dem Versuch, die Verwirkung mit der Eigenart des Wettbewerbsrechtes in einen „zweckgebundenen Zusammenhang" zu bringen. Vgl. dazu insbes. S. 80/81.

[46]) Vgl. die oben zitierte Entscheidung „... verglichen mit allgemeinen Anforderungen an einem für die Wirtschaft beachtlichen Betrieb".

Die Beachtlichkeit und Schutzwürdigkeit des jüngeren Zeichens folgt also nicht aus der bloßen Tatsache, daß der Verletzer eine intensive und dauerhafte Werbetätigkeit betrieben und dabei viel Mühe und große Kosten aufgewendet hat — nicht die von subjektivem Ermessen des Verletzers getragene Bewertung soll für die Schutzwürdigkeit des Zeichens ausschlaggebend sein. Es muß vielmehr an das Zeichen im Hinblick auf seinen gegenwärtigen Wert für den Betrieb des Verletzers ein objektiver Maßstab angelegt werden. Die abwägende Bewertung des gegebenen Einzelfalles „auf dem Hintergrunde des typischen Geschehens“ [47]) bedingt erst das für jede Rechtsfrage notwendig gerechte Ergebnis [48]).

Die Beurteilung nach einem allgemein richtenden Gesichtspunkt auch in der Frage des Besitzstandes ist das Wesentliche dieser Erkenntnis reichsgerichtlicher Rechtsprechung. Dieser Gesichtspunkt ergibt sich aus verallgemeinernder Betrachtungsweise, indem der besondere vorliegende Tatbestand mit einem in gewisser Weise typischen Tatbestand verglichen wird. Besonderer Tatbestand ist der Betrieb des Verletzers und der durch das bestehende Maß an Verkehrswirkung erlangte Zeichenwert. Typischer Tatbestand ist ein nach allgemeiner Auffassung wirtschaftlich beachtlicher Betrieb und eine dementsprechende Verkehrsgeltung.

An Hand dieser Richtlinien ist Besitzstand dann zu bejahen, wenn der Umfang der erlangten Verkehrsgeltung das betreffende Zeichen zu einer Werbekraft ausgestaltet hat, die mit allgemeinen Anforderungen an einen für die Wirtschaft beachtlichen Betrieb im Einklang steht. Zu einem solchen Betriebe gehört vor allem auch, daß das Zeichen nicht nur eine schlagartige, überraschende Wirkung im Verkehr erzielt hat, die ebenso schnell wieder vergeht. Die in Betracht kommenden Abnehmerkreise und daraus hervorgehende Verkehrsgeltung müssen auf eine gewisse Dauerhaftigkeit und „Stabilität“ [49]) hinweisen können. Nur eine in gewissen Grenzen dauerhafte Verkehrswirkung kann den Schluß rechtfertigen, daß in dem Betrieb Werte enthalten sind, die allgemeine „wirtschaftliche Beachtlichkeit“ verdienen.

---

[47]) Hein, Idendität der Partei, S. 290, Anm. 39.

[48]) s. oben S. 11/12.

[49]) Callmann, S. 156.

b) Dieser Besitzstand ist vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung als „schutzwürdig" bezeichnet worden. Worauf sich die Schutzwürdigkeit gründet und womit sie sich rechtfertigen läßt, wird freilich in den Entscheidungen nicht dargelegt. Auch Siebert gibt darauf keine klare Antwort. Aus seinen Ausführungen muß man nur mittelbar schließen, daß er die Schutzwürdigkeit des Besitzstandes auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage entstehen läßt, sie zugleich aber auch aus Interessenabwägung gemäß § 242 BGB herleitet [50]).

Die genaue Ableitung der Schutzwürdigkeit des Besitzstandes ist aber für die rechtssystematische Erfassung der Verwirkung von maßgebender Bedeutung. Es muß geprüft werden, ob die für den Besitzstand erforderlichen Voraussetzungen mit wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten in Beziehung gebracht werden können. Ist das der Fall, so kann man den Besitzstand als einen wettbewerbsrechtlich schutzwürdigen Tatbestand erfassen. Die typischen Verwirkungsfälle der Kollision zwischen eingetragenem Zeichen und nichteingetragenem Zeichen mit schutzwürdigem Besitzstand müssen von dieser Grundlage aus gelöst werden. Damit würde sich die Verwirkung als eine besondere, lediglich aus wettbewerbsrechtlichen Tatbeständen und Zusammenhängen hervorgehende Rechtserscheinung darstellen.

Im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechtes war festgestellt worden [51]), daß es die Werbetätigkeit der Unternehmen ausgleichend und abgrenzend zu regeln bestimmt ist; bestehende Werbekraft soll erhalten und gefördert werden, soweit sie in den Rahmen wettbewerbsrechtlicher Voraussetzungen fällt. Da das WZG ein Teilausschnitt des UWG ist [52]), erhält naturgemäß das eingetragene Zeichen wettbewerbsrechtlichen Schutz; außerdem aber jedes Werbemittel, das den Anforderungen dieses Gesetzes entspricht. Die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen bestimmen sich nach allgemein maßgeblichen Grundsätzen und Anschauungen des Verkehrs, m. a. W. jede wettbewerbsmäßige Form ist schutzwürdig, die auf einer objektiven, in der Verkehrswirkung begründeten Wertgrund-

---

[50]) Vgl. Siebert, S. 192, 195/99, 204/5.

[51]) s. oben S. 28/29.

[52]) s. oben S. 31.

lage beruht[53]). Ein Zeichen muß infolgedessen schutzwürdig sein, wenn es objektiv geeignet ist, dem Werbezweck des Unternehmens zu dienen[54]).

Wird auf Grund der gegebenen Umstände Besitzstand an einem Zeichen bejaht, so bedeutet das nach den obigen Ausführungen, daß das bestehende Maß an Verkehrsgeltung allgemeinen Anforderungen an einen für die Wirtschaft beachtlichen Betrieb gerecht wird. Der dem bestehenden Maß an Verkehrsgeltung entsprechende Abnehmerkreis ist so groß, daß der Betrieb des betreffenden Zeicheninhabers allgemein als wirtschaftlich beachtlich angesehen wird. Wenn das Zeichen auf ein derartiges Unternehmen hinweist, so ist es objektiv geeignet, dem Werbezweck des Unternehmens zu dienen. Seine wettbewerbsrechtliche Schutzwürdigkeit ist damit gegeben. Schutzwürdig ist nicht das Arbeitsergebnis als solches, auch nicht der Glaube der in Betracht kommenden Abnehmerkreise an die Berechtigung des Zeichengebrauchs[55]). Diese Faktoren sind nicht Schutzgegenstand der wettbewerbsrechtlichen Regelung[56]). Schutzwürdig ist vielmehr der aus dem Unternehmen hervorgehende immaterielle Wert, auf den die Werbekraft des Unternehmens hinweist.

4. Die Verwirkung in ihrer besonderen Rechtsfolge richtet sich gegen diejenigen Fälle, in denen ein eingetragenes Zeichen mit oder ohne Verkehrsgeltung mit einem nichteingetragenen Zeichen mit schutzwürdigem Besitzstand zusammentrifft. Dieser Konflikt zwischen Register- und Verkehrsgeltung wird durch die Verwirkung gelöst.

Hat das eingetragene Zeichen ebenfalls Verkehrsgeltung, so sollen nach Siebert an das Maß der Verkehrsgeltung auf der Gegenseite höhere Anforderungen gestellt werden als in den Fällen, in denen das eingetragene Zeichen noch nicht in den Verkehr gebracht worden ist[57]). Außerdem könnte man in diesen Fällen dem einge-

[53]) Elster, JW 29, 3084.

[54]) siehe dazu insbes. Gumpel, a. a. O., S. 75/77 und dort zitierte Literatur.

[55]) Zu dieser Auffassung konnte man allerdings leicht gelangen, als man mit der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts eine „überwiegende" Verkehrsgeltung als notwendige Voraussetzung für den Besitzstand forderte.

[56]) Callmann, S. 43; § 1 N. 46. Reimer, GRUR 31, 467.

[57]) S. 200/01. Vgl. auch Seligsohn, GRUR 27, 643; Reimer, MuW 32, 279 f.

tragenen Zeicheninhaber nicht vorwerfen, er verstoße mit seinem Unterlassungsanspruch hinsichtlich des gegnerischen Zeichens gegen § 1 UWG [58]). Ein Verstoß gegen Treue und Glauben sei schon eher anzunehmen. In diesen Fällen fände dann der Grundsatz von Treu und Glauben sein „typisches Anwendungsgebiet als Ausgleichsnorm zwischen bestimmten Rechtsgegnern“ [59]). Diese Ansicht ist abzulehnen.

Im Hinblick auf das für den Besitzstand erforderliche Maß an Verkehrsgeltung eines nichteingetragenen Zeichens war festgestellt worden, daß es dafür keine bestimmten Grenzen gibt. Mittels allgemeiner Richtlinien mußte das nichteingetragene Zeichen daraufhin gewertet werden, ob es als eine für den Werbezweck des Unternehmens objektiv geeignete Werbekraft angesehen werden kann. Wenn das bestehende Maß an Verkehrsgeltung nach allgemeiner Auffassung auf einen wirtschaftlich beachtlichen Betrieb hinweist, so konnte das Zeichen als ein im Sinne des Wettbewerbsrechts schutzwürdiger Werbewert bezeichnet werden. Der Besitzstand beruht damit auf einer objektiven Wertgrundlage, auf welche die bestehende Verkehrsgeltung des eingetragenen Zeichens nicht einzuwirken vermag. Siebert hätte sagen sollen, daß dem jüngeren Zeicheninhaber infolge der schon bestehenden Verkehrsgeltung eines anderen (gleichen oder ähnlichen) Zeichens die Durchsetzung des eigenen im Verkehr rein tatsächlich erschwert sein wird. Das für den Besitzstand erforderliche Maß an Verkehrsgeltung selbst verschiebt sich durch eine andere bestehende Verkehrsgeltung nicht [60]).

Wenn Siebert für die Lösung des wettbewerblichen Konfliktes zwischen eingetragenem und nichteingetragenem Zeicheninhaber außerdem den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) „als typische Ausgleichsnorm“ heranzieht, so ist dies zumindest überflüssig. Das Wettbewerbsgesetz soll einen Ausgleich zwischen den Unternehmen in ihrer Funktion als Werbekraft schaffen [61]). Der

[58]) S. 204/05.

[59]) S. 205.

[60]) Vgl. dazu insbes. die Entscheidung in RG JW 34, 27 ff., in der dieser Grundsatz ausdrücklich betont wird, weil andernfalls „der Gedanke der Verwirkung gegenüber jedem Großbetrieb, ja auch gegenüber gleichgroßen Betrieben, der Boden entzogen“ wäre.

[61]) Vgl. oben S. 28/29.

Ausgleich hinsichtlich der Kollision zwischen Register- und Verkehrsgeltung muß durch volle Auswertung der wettbewerbsrechtlichen Gedankengänge erfolgen; denn es ist Sinn des Wettbewerbsrechts, allen Möglichkeiten auf dem Gebiete des Wettbewerbes gerecht zu werden. Will man einen Ausgleich auf der Grundlage von § 242 BGB schaffen, so verliert man die besonderen technischen Gesichtspunkte des Wettbewerbsrechts. Hält man aber bei dem Streben nach Ausgleich wettbewerbsrechtliche Maßstäbe fest, dann beruht dieser Ausgleich auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage. § 242 BGB ist dann in Wahrheit gar nicht der entscheidende Gesichtspunkt — selbst wenn man dieser Norm den Vorrang einer „höherstehenden" allgemeingültigen einräumt. Wettbewerbsrechtlich greifen entweder rein technische Regeln durch oder die Blankettnorm des § 1 UWG. Die Anwendung von § 242 BGB ist infolgedessen nicht nur überflüssig, sondern geradezu methodisch verfehlt. Die Verwirkung, die den Konflikt zwischen Register- und Verkehrsgeltung lösen soll, kann ihren Tatbestand nur aus § 1 UWG herleiten.

Ein eingetragener Zeicheninhaber kann von einem nichteingetragenen Zeicheninhaber Unterlassung des Zeichengebrauchs nach § 1 UWG nur fordern, wenn der gegenwärtige Gebrauch des gegnerischen Zeichens sittenwidrig ist. Wird für das Gegenzeichen Besitzstand bejaht, so stellt es einen schutzwürdigen Wert im Sinne des Wettbewerbsrechtes dar. Ein Zustand, der auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage als schutzwürdig anerkannt worden ist, kann nicht gleichzeitig von demselben Recht als sittenwidrig verworfen werden. In den Fällen der Kollision zwischen Register- und Verkehrsgeltung fehlt es an einer Voraussetzung des Tatbestandes von § 1 UWG. Der Klage des eingetragenen Zeicheninhabers auf Unterlassung des Zeichengebrauchs kann wegen mangelnder Rechtsschutzvoraussetzungen gar nicht stattgegeben werden.

Der Konflikt zwischen eingetragenem und nichteingetragenem Zeichen wird so durch die Verwirkung zunächst rein formalistisch gelöst. Diese Lösung war dadurch möglich, daß der Besitzstand als ein schutzwürdiger Wert im Sinne des Wettbewerbsrechts festgestellt werden konnte. Damit ist aber noch nicht die Frage geklärt, wie sich diese Lösung mit dem sogen. „Prioritätsgrundsatz" für eingetragene Warenzeichen vereinbaren läßt, der durch die Verwirkung eine starke Einschränkung erfahren hat. Diese Einschrän-

kung muß sich ebenso aus dem Sinne des Wettbewerbsrechts ergeben können, wie sich die Schutzwürdigkeit des Besitzstandes daraus herleiten ließ.

Der Prioritätsgrundsatz [62]) beruht auf dem Warenzeichengesetz; denn es ist Sinn dieses Gesetzes, den eingetragenen Warenzeichen Rechtsschutz zwecks Begünstigung wettbewerblicher Entwicklung zu geben [63]). Durch die Verwirkung hat der Prioritätsgrundsatz insoweit eine Einschränkung erfahren, als er den wettbewerbsrechtlichen Grundsatz der Erhaltung wirtschaftlicher Werte ausgeschaltet und hinfällig gemacht hätte. Der Umfang des Prioritätsrechtes geht nicht so weit, daß das Prioritätsrecht Rechtsschutz zwecks eigener Entwicklungsbegünstigung über den schutzwürdigen Bereich eines anderen Rechts hinaus beanspruchen kann. Es findet seine notwendige Begrenzung an der Schutzwürdigkeit eines anderen Rechts. Der Schutzumfang des eingetragenen Warenzeichens bestimmt sich demnach lediglich nach wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten; über diesen Schutzumfang hinausgehende Wettbewerbstätigkeit erhält keinen wettbewerbsrechtlichen Schutz. Damit ist die Verwirkung im Wettbewerbsrecht aber nichts anderes als eine Weiterbildung des vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatzes, daß alle gewerblichen Kennzeichnungsmittel gleichwertig im Sinne des Wettbewerbsrechtes sind und demzufolge das WZG als Teilausschnitt des UWG betrachtet werden muß [64]). Mit dieser Einordnung des Warenzeichenrechts in wettbewerbsrechtliche Tatbestände mußte sich der für eingetragene Warenzeichen geltende Prioritätsgrundsatz dem wettbewerbsrechtlichen Prinzip der Erhaltung wirtschaftlicher Werte anpassen und insoweit eine Einschränkung erfahren, als seine Anwendung mit wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten in Widerspruch steht. Die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes darf nicht über diejenigen Grenzen hinausführen, innerhalb deren ein Warenzeichen wettbewerbsrechtlichen Schutz beanspruchen kann.

Hiernach ergibt sich folgende Feststellung: Sinn und Bedeutung der Verwirkung im Wettbewerbsrecht läßt sich nur aus dem

---

[62]) Vgl. dazu Callmann, S. 24.

[63]) s. oben S. 31.

[64]) s. oben S. 31.

diesem Rechte immanenten Zweckgedanken heraus erklären. Indem die Verwirkung ein Zeichen mit Besitzstand schützt, betont sie den wettbewerbsrechtlichen Grundsatz der Erhaltung wirtschaftlicher Werte und weist damit den Prioritätsgrundsatz für eingetragene Warenzeichen in die dem Wettbewerbsrecht angemessenen Schranken. Kraft dieser Funktion ist die Verwirkung aber nur als eine besondere wettbewerbsrechtliche Erscheinung zu kennzeichnen.

### II. Die Verwirkung im Urheber- und Patentrecht.

Im Hinblick auf Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts war festgestellt worden, daß es in den Wettbewerbskonflikt der Unternehmen ausgleichend und abgrenzend eingreifen soll. Aus wettbewerbsrechtlichen Zusammenhängen heraus ergab sich dann die Möglichkeit einer Verwirkung. Im Gegensatz dazu wird im Urheberrecht von der eigentumsähnlichen Beziehung eines Schöpfers zu seinem geistigen Gut ausgegangen. Dieses Geistesgut erfordert besonders starken Schutz, der ihm durch das Urheberrecht verliehen wird. Die Urheberrechte sind daher den dinglichen Rechten eng verwandt[65]). Erst durch Verletzung des Urheberrechts ergeben sich aus dem Urheberrecht besondere Ansprüche[66]). Liegt also dem Urheberrecht ein eigentumsähnlicher Zustand als Gegenstand seiner Regelung zugrunde, dann kann man nicht wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte, die lediglich auf einem Ausgleichsgedanken beruhen, auf das Urheberrecht übertragen[67]). Das kann erst dann in Frage kommen, wenn das Geistesgut in den Verkehr gebracht und auf diese Weise eine Art Besitzstand begründet werden kann[68]). Alsdann entscheiden wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte. Da diese Fälle nicht dem Urheberrecht, sondern dem Sondergebiet des Wettbewerbsrechts angehören, muß man mit dem Reichsgericht[69]) die Möglichkeit einer Verwirkung im Urheber- und Patentrecht grundsätzlich ablehnen.

---

[65]) Vgl. Ritter, JW 34, S. 2040.
[66]) Siebert, S. 218.
[67]) Vgl. dazu auch oben S. 29/30.
[68]) Siebert, S. 217.
[69]) RG JW 31, 430; 32, 388; 33, 2277. a. A. Siebert, S. 217.

## § 3. Die Verwirkung im Arbeitsrecht.

Wegen der Unabdingbarkeit von tariflichen Lohnansprüchen gemäß § 1 TVO soll auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts nach der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts (RG 144, 22 ff) ebenfalls Verwirkung möglich sein.

Die Verwirkung von tariflichen Lohnansprüchen ist deshalb eingeführt und anerkannt worden, weil das Unabdingbarkeitsprinzip gemäß § 1 TVO die Möglichkeit eines rechtswirksamen Verzichts ausschließt [70]). Sinn dieser zwingenden Vorschrift ist, dem Arbeitnehmer unter allen Umständen die tatsächliche Erfüllung des ihm zustehenden tariflichen Lohnanspruches zu sichern. Der Arbeitgeber ist im Verhältnis zum Arbeitnehmer der wirtschaftlich stärkere Teil und könnte daher seine wirtschaftliche Machtstellung ausnutzen und auf die Arbeitsbedingungen zum wirtschaftlichen Nachteil des Arbeitnehmers einwirken. Diese Möglichkeit ist durch das Unabdingbarkeitsprinzip ausgeschlossen worden.

Nach Siebert [71]) hört aber die Gültigkeit dieser zwingenden Bestimmung da auf, wo ihr § 242 BGB als allgemeingültige, auch das Arbeitsrecht beherrschende Norm entgegensteht. Hat der Arbeitnehmer zu untertariflichen Bedingungen gearbeitet und fordert er dann später den tariflichen Lohn nach, so läßt Siebert eine Verwirkung des tariflichen Lohnanspruches grundsätzlich zu. Er begründet seine Ansicht damit, daß die Verwirkung ein allgemeiner, auf Treu und Glauben beruhender Rechtsgrundsatz sei, und daß das Unabdingbarkeitsprinzip seine Wirkungen nur im Rahmen von Treu und Glauben äußern könne [72]). Diese Ansicht wird wiederum dahingehend eingeschränkt, daß praktisch der Verwirkungstatbestand seltener als sonst gegeben sei, da ihm der wirtschaftliche Druck auf Seiten des Arbeitnehmers entgegenstände. Die Ausnahmefälle die dennoch Verwirkung rechtfertigen sollen, sind nach Siebert vor allem: der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber seine Verbandszugehörigkeit verschwiegen; der Arbeitnehmer hat noch längere Zeit

---

[70]) Über die verschiedenen Streitfragen hinsichtlich der Verzichtbarkeit tariflicher Lohnansprüche vgl. Siebert, S. 238 und daselbst in Anm. 55 zitierte Literatur. Makulik, Verwirkung im Arbeitsrecht, Köln 1933, S. 37/38.

[71]) Siebert, S. 239.

[72]) ebenda, vgl. auch in Anm. 58 zitierte Literatur.

nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschwiegen und ist dann plötzlich mit seiner Forderung an den Arbeitgeber herangetreten [73]).

Ähnlich wie Siebert rechtfertigt auch Makulik die Möglichkeit einer Verwirkung, indem er die „Wirkungsweite" der zwingenden Norm bzw. die ihr zugrunde liegende ratio durch Treu und Glauben begrenzt [74]). Auf diese Weise muß nach Makulik der Grundsatz von Treu und Glauben dann Anwendung finden, wenn sich nach Abschluß des Arbeitsvertrages die wirtschaftlichen Umstände dahingehend gewandelt haben, daß der wirtschaftliche Druck auf Seiten des Arbeitnehmers nicht mehr vorhanden sei. Dies treffe zu, wenn der Arbeitgeber den Betrieb nur noch durch Auszahlung untertariflicher Löhne aufrechterhalten könne. Der Arbeitnehmer, der unter entsprechenden untertariflichen Arbeitsbedingungen arbeite, füge sich dann nicht einem wirtschaftlichen Druck des Arbeitgebers, sondern beide Teile haben sich „dem gleich angehenden Druck der wirtschaftlichen Notlage, der beiden drohenden Arbeitslosigkeit bzw. Existenzvernichtung gebeugt" [75]). In diesen Zusammenhang gehört auch der praktisch allerdings seltene Fall, daß der Arbeitnehmer ohne jede Initiative des Arbeitgebers aus freiem Willen unter Tarif arbeitet [76]). Auch hier erfolgt die Auszahlung untertariflicher Löhne nicht auf Grund wirtschaftlichen Druckes auf seiten des Arbeitgebers.

In gewissen Ausnahmefällen soll danach Verwirkung von tariflichen Lohnansprüchen möglich sein, weil die Verwirkung ein allgemeingültiger, auf Treu und Glauben beruhender Rechtsgrundsatz sei, und § 1 TVO seine zwingende Wirkung nur im Rahmen von Treu und Glauben äußern könne. Diese Ausnahmefälle sind einer kritischen Würdigung zu unterziehen, um daraufhin Sinn und Bedeutung der Verwirkung im Arbeitsrecht erfassen zu können.

1. Zunächst handelt es sich darum, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich dem gleichen Druck der wirtschaftlichen Notlage fügen, und demzufolge der Arbeitnehmer untertariflich arbeitet.

---

[73]) Siebert, S. 240.

[74]) Makulik, S. 39/40.

[75]) Makulik, S. 41. Vgl. RAGE. 8, S. 299; 10, S. 227. Bensh. Samml. 10, S. 881; 11, S. 595; 12, S. 300; 13, S. 101; 14, S. 433; JW 32, 3834.

[76]) Vgl. Nipperdey, § 24, IV, 2 c.

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kann hier insofern in Betracht gezogen werden, als sich der Arbeitnehmer mit der nachträglichen Geltendmachung des tariflichen Lohnanspruches in einem unzulässigen Widerspruch zu eigenem positiven Verhalten[77]) befindet, das er längere Zeit durch die Annahme des untertariflichen Lohnes gezeigt hat. Man darf aber den Satz vom unzulässigen Selbstwiderspruch in dieser weitgefaßten Form nur anwenden[78]), wenn keine anderen die Rechtslage der Parteien unmittelbar oder mittelbar ausgleichenden Rechtsvorschriften vorhanden sind. Eine solche Ausschaltung ist durch den Schutzzweck der Unabdingbarkeitsregel gegeben.

In den Fällen, in denen die Schaffung untertariflicher Arbeitsbedingungen weder auf die wirtschaftliche Machtstellung des Arbeitgebers, noch auf einen wirtschaftlichen Druck des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, fehlt ein Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers. Dieses ist aber die gedankliche Grundlage für die zwingende Wirkung des Unabdingbarkeitsprinzips. Das Unabdingbarkeitsprinzip äußert seine zwingende Wirkung nicht durch Zurückgreifen auf die Gerechtigkeitsidee von Treu und Glauben[79]), sondern innerhalb seiner eigenen technisch bestimmten Voraussetzungen. Sind diese nicht gegeben, so muß zunächst geprüft werden, ob der tarifliche Lohnanspruch durch Erlaßvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemäß § 397 BGB erloschen ist. Hierbei wird es namentlich darauf ankommen, ob das Verhalten des Arbeitnehmers eine Verzichtserklärung, genauer gesagt: das Angebot eines Erlaßvertrages darstellt. Für die Annahme einer Verzichtserklärung ist nicht erforderlich, wie Makulik es annimmt[80]), daß eine ausdrückliche dahingehende Erklärung des Arbeitnehmers vorliegt. Das Erfordernis der Ausdrücklichkeit besteht nur insoweit, als das Gesetz es bestimmt. Ein schlüssiges Verhalten des Arbeitnehmers kann freilich nur unter besonderen Voraussetzungen angenommen werden. Der Arbeitnehmer muß von dem ihm gesetzlich zustehenden Anspruch oder wenigstens der Möglichkeit eines solchen Kenntnis haben, da sonst ein Verzichtswille gar nicht vorliegen kann. Diese Kenntnis wird in den meisten

[77]) Vgl. Walsmann, JW 27, 2571. Krause, a. a. O., S. 166.
[78]) Riezler, Venire contra factum proprium, S. 128/133.
[79]) So Siebert und Makulik, s. oben S. 40/41.
[80]) Makulik, S. 44.

Fällen gegeben sein, insbesondere dann, wenn die Verschlechterung in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Betriebes und die Auszahlung der geringeren Löhne erst nach Abschluß des Arbeitsvertrages erfolgten. Das Fehlen des wirtschaftlichen Druckes beim Arbeitnehmer kann ferner nur angenommen werden, wenn sich dieser über die schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse des Betriebes im klaren ist. Andernfalls muß er in dem Arbeitgeber den wirtschaftlich stärkeren Teil sehen und unter wirtschaftlichem Druck stehen. § 1 TVO findet dann Anwendung.

Damit kommt man zu folgendem Ergebnis: Wo der erkennbare wirtschaftliche Druck des Arbeitnehmers den Umständen nach fehlt, ist das Unabdingbarkeitsprinzip auszuschalten, da seine gedanklichen Voraussetzungen nicht gegeben sind. § 1 TVO steht einem rechtswirksamen Verzicht des Arbeitnehmers nicht mehr entgegen. In den erörterten Fällen der arbeitsrechtlichen Verwirkung ergibt sich der Verzicht durch verständige Deutung des Sachverhalts. Die Verwirkungsformel bedeutet hier in Wirklichkeit eine durch die Verwirkungsrechtsprechung verdeckte Rechtsgeschäftsauslegung.

2. Ferner soll der Verwirkungseinwand durchgreifen können, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Verbandszugehörigkeit verschwiegen hat, sich später aber darauf beruft und den ihm gesetzlich zustehenden Lohn nachfordert[81]). In der Regel handelt es sich um folgenden Sachverhalt: Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer in dem Glauben, dieser gehöre keinem Verbande an, zu untertariflichen Bedingungen angestellt. Der Arbeitnehmer hat seine Verbandszugehörigkeit verschwiegen, damit er zunächst überhaupt zu Arbeit und Lohn gelangt, um dann später den vollen Tariflohn unter Hinweis auf seine Verbandszugehörigkeit nachzufordern. Im Hinblick auf die Verbandszugehörigkeit des Arbeitnehmers steht ihm das Nachforderungsrecht gesetzlich gemäß § 1 TVO zu. Seiner Ausübung soll aber der Verwirkungseinwand entgegenstehen.

Das Verhalten des Arbeitnehmers stellt eine arglistige Verschweigung dar. Mit der — bei Abschluß des Vertrages nicht vorgesehenen — nachträglichen Zahlung des tariflich festgelegten

---

[81]) Vgl. RAG Bensh. Samml. 9, 492, 496; 10; 223; 14, 405.

Lohnes würde dem Arbeitgeber ein Schaden entstehen, der durch die arglistige Verschweigung des Arbeitnehmers verursacht ist. Die Voraussetzungen des § 826 BGB wären damit erfüllt. Nach den Grundsätzen für die vorbeugende Unterlassungsklage[82]) ist es zulässig, sich gegen den Schadens*eintritt* zu wehren. Das sittenwidrige, später zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten des Arbeitnehmers führt zu einer exceptio doli gegen den Anspruch. Die Klage des Arbeitnehmers ist dann infolge dauernder Entkräftung seines Anspruchs abzuweisen.

Läßt sich ein arglistiges Verhalten des Arbeitnehmers nicht feststellen, dann kann für den Arbeitgeber ein Schadensersatzanspruch aus dem Grunde der Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß (culpa in contrahendo)[83]) hergeleitet werden. Nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo kommt schon *vor* Abschluß des Vertrages ein Schuldverhältnis eigener Art zwischen den Parteien zustande, das ihnen um des beabsichtigten Rechtsverkehrs willen gewisse Sorgfalts-, Mitteilungs- und Erkundigungspflichten auferlegt. Diese bestimmen sich allgemein nach § 242 BGB und beziehen sich im besonderen auf solche Umstände, die dem Rechtsgegner im Hinblick auf den Abschluß des beabsichtigten Geschäfts erheblich sein müssen.

Das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist ein persönliches Treueverhältnis. Gegenseitiges Vertrauen ist Pflicht, insbesondere nachdem das Arbeitsvertragsrecht durch das „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit" die Treuepflicht ausdrücklich festgelegt hat. Es besteht daher für beide Parteien bei Abschluß eines solchen Treueverhältnisses die gegenseitige Pflicht zur Offenbarung und Mitteilung aller derjenigen Tatsachen, die für die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen von maßgebender Bedeutung sind. Unter diese gesetzlichen Pflichten fällt die Pflicht des Arbeitnehmers zur Offenbarung und Mitteilung seiner Verbandszugehörigkeit, damit sich der Arbeitgeber von vornherein darauf entsprechend einstellen kann. Verschweigt der Arbeitgeber seine Verbandszugehörigkeit, so verletzt er eine ihm obliegende vorvertragliche Pflicht und hat daher dem Arbeitgeber den daraus ent-

[82]) RG 101, 339/40.

[83]) Vgl. dazu Enneccerus-Lehmann, § 43, III, Anm. 2—7; von Tuhr, Allgem. Teil, II, S. 486 ff.; III, S. 463.

standenen Schaden gemäß § 249 BGB zu ersetzen. Der Arbeitgeber muß dann allerdings nachweisen, daß bei Kenntnis von der Verbandszugehörigkeit des Arbeitnehmers ein tariflicher Arbeitsvertrag mit diesem nicht zustandegekommen wäre, und daß er mit einer verbandsfreien Person einen untertariflichen Arbeitsvertrag hätte abschließen können. Alsdann hat der Arbeitnehmer das Interesse des Arbeitgebers an dem Abschluß eines untertariflichen Arbeitsvertrages zu ersetzen. Der Arbeitgeber kann daher verlangen, daß der Arbeitnehmer auf den durch die Pflichtverletzung entstandenen tariflichen Lohnanspruch verzichtet. Dem kann auch das Unabdingbarkeitsprinzip nicht entgegenstehen. Diese zum Schutze des Arbeitnehmers geschaffene Bestimmung darf nicht soweit führen, daß sie grobe Pflichtwidrigkeit der geschützten Person deckt. Sie muß insoweit einschränkend ausgelegt werden, als sie den Arbeitgeber schutzbedürftig macht.

3. Verwirkung soll schließlich gegeben sein, wenn der Arbeitnehmer erst längere Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Nachforderung des tariflichen Lohnanspruches an den Arbeitgeber herangetreten ist. Diese Fälle scheinen noch am ehesten auf einen „typischen" Verwirkungstatbestand hinzuweisen, soweit man diesen in seinen weitgefaßten Voraussetzungen (Ablauf einer „gewissen" Zeit und besondere Umstände des Einzelfalles) überhaupt als typisch bezeichnen kann. Es muß geprüft werden, ob in diesen Fällen die Verjährungsfrist platzgreift oder weshalb sie nicht in Betracht kommt.

Sinn und Zweck der gesetzlichen Verjährungsfristen ist — wie im aufwertungsrechtlichem Zusammenhange ausgeführt worden ist — [84]) eine den jeweiligen Fristen entsprechende rasche Abwicklung des Rechtsverkehrs um allgemeiner Rechtssicherheit willen zu erzielen. Die Parteien, die sich über die Verjährungsfristen leicht unterrichten können, sind in der Lage, sich danach zu richten. Der Gläubiger hat sich dementsprechend mit der Geltendmachung seines Anspruchs einzustellen; der Schuldner muß bis zum Ablauf der Verjährungsfrist mit der Geltendmachung des Anspruchs rechnen. Dies gilt an sich auch für den tariflichen Lohnanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 1 TVO, für dessen Geltendmachung die

[84]) s. oben S. 23/24.

Verjährungsfrist des § 196, Ziff. 9 BGB, maßgebend ist. Die Sachlage ist allerdings eine andere, wenn der Schuldner infolge besonderer Umstände von der Existenz des Anspruches gar nichts weiß und wissen konnte. Dann kann er sich weder auf seine Geltendmachung noch auf eine bestimmte Verjährungsfrist einstellen. Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Arbeitgeber angenommen hat, der Arbeitnehmer arbeite zu untertariflichen Bedingungen, es bestehe kein tariflicher Lohnanspruch gegen ihn. Diese Annahme des Arbeitgebers kann nur auf folgenden Gründen beruhen:

a) der Arbeitnehmer hatte dem Arbeitgeber seine Verbandszugehörigkeit verschwiegen, so daß dieser von dem tariflichen Lohnanspruch des Arbeitnehmers gar nichts wußte und wissen konnte,

b) das Verhalten des Arbeitnehmers stellte einen Verzicht auf den tariflichen Lohnanspruch dar; der Arbeitgeber hielt infolgedessen den Anspruch für erloschen.

Fall b) kann nur unter der Voraussetzung Berücksichtigung finden, daß ein rechtswirksamer Verzicht des Arbeitnehmers auf den ihm gesetzlich zustehenden Anspruch überhaupt möglich ist[85]). Diese Fälle, für die statt einer Verjährungsfrist den Umständen nach Verwirkung in Betracht kommen soll, sind die gleichen, in welchen ausnahmsweise das Unabdingbarkeitsprinzip ausgeschlossen werden mußte. Alle anderen Fälle müssen der bestimmten Verjährungsfrist unterliegen.

Dem Arbeitnehmer ist danach die Erfüllung seines tariflichen Lohnanspruches gemäß § 1 TVO bis zum Ablauf der Verjährungsfrist gesichert. Nur besondere Umstände, die den Ausschluß des Unabdingbarkeitsprinzips bewirken, ergeben ausnahmsweise die Wirksamkeit untertariflicher Arbeitsbedingungen. Das sind aber diejenigen Fälle, in denen Verwirkung möglich sein soll. In allen diesen Fällen führten die technischen Gesichtspunkte des Erlasses gemäß § 397 BGB und des Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung (§§ 826, 249 BGB) bzw. wegen Pflichtverletzung bei Abschluß des Vertrages (culpa in contrahendo) zu einem befriedigenden Ergebnis. Die Verwirkung muß also in diesem Rechtsgebiet überhaupt ausgeschaltet werden.

---

[85]) s. oben S. 42/43.

# Ergebnis.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die Verwirkung für das Gebiet des Aufwertungs- und Wettbewerbsrechtes grundsätzlich anzuerkennen ist. Für das Arbeitsrecht mußte sie abgelehnt werden. Hier sind in Wirklichkeit die technischen Gesichtspunkte des Erlasses und des Schadenersatzes aus bestimmten Haftungsgründen durch die Verwirkungsrechtsprechung verdeckt worden.

Will man mit Siebert[1]) — entgegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts[2]) — die Verwirkung über die Sondergebiete des Aufwertungs- und Wettbewerbsrechts hinaus für das gesamte Privatrecht anerkennen, so könnte dies nur, wie oben angedeutet[3]), durch Analogie aus diesen beiden Sondergebieten geschehen. Der Analogieschluß wäre dann berechtigt, wenn diejenigen Voraussetzungen des Aufwertungs- und Wettbewerbsrechtes, die zu einer Anerkennung der Verwirkung in diesen Rechtsgebieten geführt haben, in übereinstimmender Weise zum wesentlichen Teil in allen Gebieten des Privatrechtes vorliegen. Aus einer solchen teilweisen Gleichheit der besonderen Voraussetzungen kann dann auf die Gleichheit der Rechtsfolge geschlossen und damit die Verwirkung für das gesamte Privatrecht anerkannt werden[4]).

Bei systematischer Betrachtung der Verwirkung im Aufwertungsrecht zeigte sich, daß sie durch die außerordentliche Natur dieses Rechtes bedingt war und aus dieser heraus ihre besondere Aufgabe erhielt. Sie setzt der Geltendmachung des Aufwertungsanspruches eine rein zeitliche Grenze und stellt damit eine besonders geartete Verjährung dar, die sich aus der außerordentlichen Natur des Aufwertungsrechtes heraus rechtfertigt. Ein Analogieschluß aus diesem Rechtsgebiet auf alle übrigen Gebiete des Privatrechts kann

---

[1]) s. oben S. 9.

[2]) RG 144, 22 ff. = RG JW 34, 1849.

[3]) s. oben S. 14/15.

[4]) Vgl. Stammler, Rechtsphilosophie, S. 276 f.; Theorie der Rechtswissenschaft, S. 384 ff.

nicht stattfinden, da die Wirkung des Zeitablaufs auf die jeweilige Rechts- und Interessenlage der Parteien durch die verschiedenen Verjährungsfristen in erschöpfender Weise technisch festgelegt und geregelt ist.

Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht dient zur Lösung von Rechtsfragen, die aus der Eigenart dieses Rechts hervorgehen. Sie löst den Konflikt zwischen eingetragenem und nichteingetragenem Warenzeichen, indem sie das nichteingetragene Zeichen mit Besitzstand gegenüber dem Begehren des eingetragenen Zeicheninhabers auf Unterlassung des Zeichengebrauchs schützt. Damit ist die wettbewerbsrechtliche Verwirkung nur eine folgerichtige Weiterbildung des vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatzes, daß alle gewerblichen Kennzeichnungsmittel gleichwertig im Sinne des Wettbewerbsrechts sind, demzufolge der Schutzumfang des eingetragenen Warenzeichens nach wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht ist somit eine Folge von Besonderheiten und Voraussetzungen, die der Eigenart dieses Rechtes angehören und sich infolgedessen auf andere Rechtsgebiete nicht übertragen lassen. Eine analoge Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Verwirkung auf andere Rechtsgebiete ist daher nicht möglich.

Die Verwirkung ist kein „allgemeingültiger Rechtsgrundsatz", dessen Tatbestand durch einen „gewissen Zeitablauf nebst den besonderen Umständen des Einzelfalles"[5]) gebildet wird. Die systematische Untersuchung ergab, daß von den drei Rechtsgebieten, in denen die Rechtsprechung den Verwirkungsbegriff verwendet, das Arbeitsrecht überhaupt auszuschalten ist. Im Aufwertungs- und Wettbewerbsrecht dient der Begriff zur Entscheidung von bestimmten, engbegrenzten Tatbeständen, aber auch hier ist er nur eine einheitliche Formel, mit deren Hilfe uneinheitliche Rechtsfragen behandelt werden, die sich aus der Eigenart dieser beiden Rechtsgebiete ergeben. **Die Verwirkung ist eine technische Sondereinrichtung des Aufwertungs- und Wettbewerbsrechts.**

[5]) Siehe dazu Siebert, S. 120, 151/52.

# Schrifttum.


Beisler: in JW 28, 1337.

Best: in JW 32, 1804.

Bott-Bodenhausen: Formatives und funktionales Recht in der gegenwärtigen Kulturkrisis. Berlin-Grunewald 1926.

Callmann: Der unlautere Wettbewerb. Mannheim-Berlin-Leipzig. 2. Aufl. 1932.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig. 1930, 1931, 1932.

Elster: Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht (gewerblicher Rechtsschutz). 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

— in JW 34, 30.

Endemann: im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Alexander Elster, Berlin-Leipzig 1929, Bd. 6 (Verwirkung und Verschweigung).

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnissee. Marburg 1932.

Furler: Besitz, Verkehrsgeltung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht. Berlin 1932.

Gumpel: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht. Diss. Berlin 1933.

Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.

Hein: Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht. Breslau 1906.

— Identität der Partei. Eine dogmatische Untersuchung mit Beiträgen zur Systematik des Zivilprozeßrechts und zur Lehre von der Urteilsnichtigkeit. Berlin-Leipzig 1918.

Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung. 1910.

Isay: Die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung des § 1 UWG in GRUR 1928, Bd. 33, S. 71 f. (GRUR = gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Ztschr. d. Dtsch. Vereins f. d. Schutz d. gewerbl. Eigentums, herausgegeben von Mintz).

Krause: Schweigen im Rechtsverkehr. 1933.

Lenz: in DJZ 28, 1188.

Makulik: Verwirkung im Arbeitsrecht. Diss. Köln 1932.

Mügel: in JW 30, 1044.

— in JW 32, 41.

Müllereisert: in ZBlfHR 33, 97 (= Zentralblatt für Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt und Beutner).

Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht.

Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen 1927.

Reichel: Festgabe für Stammler. 1926.
Reimer: in GRUR 1931, Bd. 36, S. 467.
— in MuW 1932, S. 279 (MuW = Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschrift für Marken-, Patent- und Wettbewerbsrecht, herausgegeben von Wassermann).
Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Ritter: in JW 34, 2040.
Roth: in JW 28, 1355.
Seligsohn: in GRUR 1927, Bd. 32, S. 643.
Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Marburg 1934.
Stammler: Die Lehre vom Richtigen Rechte. Berlin 1902.
— Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 3. Aufl. 1928.
— Theorie der Rechtswissenschaft. 1923.
Staub: Kommentar zum HGB. bearb. von Koenige, Pinner, Bondi. 12. u. 13. Aufl. 1926.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. I. Bd., bearb. von Loewenfeld und Riezler, München-Berlin-Leipzig 1925.
Stoll: in JW 29, 1001.
— in JW 30, 2448.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II und III, 1910.
v. d. Trenck: in JW 28, 485.
Ulmer: Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung. Berlin 1929.
Walsmann: in JW 27, 2571.

## Entscheidungen.

OLG in JW 30, 2447.
RG in DJZ 29, 1476
RG in JW 28, 1384 29, 34 29, 3488 30, 812 31, 430 31. 2704 32, 388 32, 1054 33, 332 33, 2277 34, 24 34. 1849 35. 1617
RGZ (amtliche Sammlung)
101, 339 107, 85 113. 141 114, 390 115, 200 117, 358 124, 41 131, 225 134, 357 144, 22
RAGE 8 S. 299 10 S. 227
RAG Benss Sammlg. 9, 492, 496 10, 223, 881 11, 595 12, 300 13, 101 14, 505 433
RAG in JW 32, 3834.

# Lebenslauf.

Am 3. Juli 1910 wurde ich als älteste Tochter des Bauingenieurs Rudolf Mäcke und seiner Ehefrau Elfriede geb. Siepermann in Kiel geboren. Dort und in Halle a. d. Saale besuchte ich die Schulen und bestand im Frühjahr 1930 die Reifeprüfung an der Staatlichen August Herrmann Francke-Schule. Anschließend studierte ich 7 Semester in Rostock, München, Halle/Saale. In Halle hörte ich Vorlesungen bei den Herrn Professoren Bilfinger, Boehmer, Fleischmann, Hein, Joerges, Kitzinger, Ruth, Schmidt und Siebert. Am 7. Juli 1934 bestand ich am Oberlandesgericht in Naumburg a. d. Saale die erste juristische Staatsprüfung.

Herrn Professor Dr. Hein möchte ich auch an dieser Stelle noch einmal danken für die Anregung zu der vorliegenden Arbeit und für die bei ihrer Ausarbeitung erteilten Ratschläge.

Halle/Saale, im September 1935.